Limited Liability Partnerships

DISCUSSION REPORT

New Nouveau Brunswick
CANADA

Service New Brunswick
Services Nouveau-Brunswick

Table of Contents

Executive Summary i
1. Introduction 1
2. What is a limited liability partnership? 1
3. United States Initiatives 2
4. Canadian Initiatives 2
   4.1 Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce 2
   4.2 Ontario, Alberta and Saskatchewan 4
   4.3 Alberta Law Reform Institute 4
   4.4 Uniform Law Conference of Canada 5
5. Other Jurisdictions' Initiatives 5
6. Should New Brunswick Enact LLP Legislation? 5
7. Major Policy Issues 8
   7.1 Who Can Use LLPs? 8
   7.2 Partner's Liability for Another Partner's Actions 9
   7.3 Partner's Liability for an Employee's Actions 10
   7.4 Partial or Full Liability Shield 13
   7.5 Distribution of Partnership Property to Partners 15
   7.6 Mandatory Insurance – A Requirement for Professionals? 17
   7.7 Mandatory Insurance – What Professional Groups? 19
   7.8 Mandatory Insurance – Determination of Minimum Insurance Requirements 20
   7.9 Registration of New Brunswick LLPs 21
   7.10 Registration of Extra-Provincial LLPs 23
   7.11 Requirement of "LLP" in the name of an LLP 26
   7.12 Conversion of an existing partnership to LLP 28
   7.13 Disclosure of Names of the Partners 30
   7.14 Other Issues 31

Executive Summary

This Report has been prepared to facilitate discussions with interested stakeholders and the general public regarding limited liability partnerships (LLPs). Service New Brunswick has been charged with the responsibility to seek public input in order to provide policy recommendations to government.

Section 1 sets out the two basic policy issues of the Report for discussion and feedback. First – Should New Brunswick enact limited liability partnership legislation? Second – If so, what particular legislative provisions should govern the creation, operation and registration of LLPs?

Section 2 discusses the unique characteristics of a limited liability partnership from that of a general partnership. The key difference is that in a negligence action against the LLP, a plaintiff can enforce a judgment against only the partnership assets and the personal assets of the negligent partner. The plaintiff will no longer be able to go after the personal assets of the non-negligent partner. This type of legislation is called the "partial shield" model, as it provides a shield to the partners in relation to the negligence of another partner. The partners continue to be personally liable for all other debts and obligations of the LLP. The negligent partner will continue to be personally liable for his or her own negligence.

Some jurisdictions have further broadened the shield so that a partner is not personally liable for any debts and liabilities of the partnership. The partners' shield is similar to the shield provided under corporate law to shareholders of a corporation. This type of legislation is called the "full shield" model. It should be noted the negligent partner will continue to be personally liable for his or her own negligence.

Sections 3, 4 and 5 of the Report set out the development of LLP legislation in United States, Canada and other jurisdictions. The push for LLP legislation has emanated from professional groups such as accountants and lawyers that have traditionally practised in general partnerships. Partners have become increasingly concerned over their personal exposure to clients and third parties and their ability to insure their professional risks. They question why a partner who is not involved in a negligent act should continue to be personally liable for the negligence of another partner. Alberta, Ontario, Saskatchewan and most, if not all, states in the United States have enacted LLP legislation to address in part such concerns.

Section 6 discusses whether New Brunswick should enact LLP legislation. Is there an apparent need for such legislation in New Brunswick? LLP legislation will have the affect of changing the risk allocation between the partners in a partnership and those that deal with the partnership. At a minimum, the plaintiff will no longer be able to go after the personal assets of the non-negligent partner, but will have only the partnership assets and the personal assets of the negligent partner to go after. Is this shift in risk allocation required for today's environment?

Section 7 sets out major policy issues that need to be resolved for any LLP legislative package for New Brunswick. Certain issues may be viewed as more fundamental, while others may be more ancillary. The intent is to discuss and solicit feedback on important policy issues that relate to the creation, operation and registration of LLPs.

Section 7.1 discusses whether New Brunswick should limit the availability of LLPs to certain types of activities or professions or permit LLPs to carry on any business activity.

Sections 7.2 to 7.5 examine what type of liability shield should exist for a partner in a LLP. What will be the characteristics of the shield in relation to the actions of another partner? Will the shield be only in relation to negligence of another partner or be more inclusive? Will a shield exist on a similar basis in relation to actions by an employee of the partnership? Should a partner's personal liability for the negligence of an employee be dependent on whether the partner supervises that employee? Should the supervisory connection be sufficient to make the partner liable in all cases even if the partner performed those functions competently?

These Sections further discusses whether New Brunswick should follow a partial shield or full shield model approach. Which approach is best for New Brunswick? Under the later model, a partner is not normally personally liable for any debt and liabilities of the LLP. Under either model, the negligent partner will continue to be personally liable for his or her own negligence. Under either model, the partnership's assets are available to satisfy a debt or liability of the partnership. Are provisions necessary to restrict the distribution of partnership property to partners and if so, are exceptions needed?

Sections 7.6 to 7.8 deal with the major issue whether mandatory insurance should be required for LLPs as a counterbalance to allowing certain professional groups to practice as LLPs. Insurance is perceived to act as an offset given the plaintiff will no longer be able to go after the personal assets of the non-negligent partner. If insurance is required, what professional groups will be subject to the mandatory requirement? What will be the specific characteristics of mandatory insurance and will it be the same for each type of professional LLP? Who will make that determination?

Sections 7.9 to 7.13 focus on registration related issues. How will LLPs be created in New Brunswick and how will extra-provincial LLPs operate in New Brunswick? What circumstances, if any, will partners not be able to receive the protection of the shield? What happens when a LLP is not in compliance with the registration requirements? Will the effect of the shield in New Brunswick of an extra-provincial LLP be identical to a New Brunswick LLP? How will an existing partnership become a LLP and will it be required to give notice to its existing clients? What system will be put in place to disclose who are the partners in any LLP operating in New Brunswick? What will be the requirement for "LLP" to be in the name of an LLP that operates in New Brunswick?

Section 7.14 requests feedback to identify other issues that should be considered in relation to LLPs.

The Report attempts to cover the major public policy topics that relate to LLPs. Public input on these and any related issues is important in order to bring forward policy recommendation to government. Additional copies of the Report are available on request and is available also at www.snb.ca

We encourage interested parties to provide their feedback by June 30, 2002. Comments can be sent to:

Service New Brunswick
Corporate Affairs Branch
PO Box 1998
Fredericton, NB E3B 5G4

Attention: Charles S. McAllister

Telephone: (506) 453-3860

Fax: (506) 453-2613

You may provide your response to this Discussion Report by:

1. Sending Back the Report and any additional comments

   This Report has been prepared so you can provide your response directly in the Report.

   Please identify yourself so we may contact you for further information, if necessary.

   Name _____

   Name of organization _____

   Address _____

   _____

   _____

   Telephone _____

   E-mail _____

2. Sending Back a Concise Survey Response Form with any additional comments

A concise survey response form is available for download at www.snb.ca

This Form can be printed out and completed. Alternatively, you may complete the Response Form on-line.

103-05208/

1. Introduction

This Discussion Report has been prepared by the Corporate Affairs Branch of Service New Brunswick in order to facilitate discussions with interested stakeholders and the public regarding limited liability partnerships (LLPs). Two basic issues are dealt with in this report:

1. Should New Brunswick enact LLP legislation?
2. If legislation is to be enacted, what legislative provisions should there be to govern the creation and operation of LLPs in New Brunswick?

2. What is a limited liability partnership?

New Brunswick has legislation governing general partnerships. The *Partnership Act* has provisions regarding the nature of a partnership, the legal relation of partners to each other and to third parties and the dissolution of a partnership. The Act is very similar to those in other Canadian jurisdictions. A partnership is not a legal entity separate from its partners. Along with the assets of the partnership being available to satisfy debts and liabilities of the partnership, each partner is liable to the full extent of his personal assets for debts and liabilities of the partnership business as provided in the *Partnership Act*.[1]

The distinguishing characteristic of a LLP from a general partnership is that in an action regarding the negligence or wrongful act of a partner, a plaintiff can enforce a judgment against only the partnership assets and the personal assets of the negligent partner[2]. The personal assets of the non-negligent partners are not available to satisfy the judgment. LLP legislation with this characteristic is referred to as the "partial shield" model. Such legislation also addresses the issue as to whether a partner will be personally liable for the actions of an employee of partnership.

Some jurisdictions have further broadened the "shield" so that the personal assets of partners are not available to satisfy ordinary trade debts and liabilities of the partnership. The assets of the partnership will still be available to satisfy a judgment against the partnership. This type of LLP legislation is referred to as the "full shield" model.

3. United States Initiatives

The first jurisdiction to enact LLP legislation in North America was Texas in 1995. As of 2001, most, if not all, states in the United States have enacted LLP legislation, with at least one-half enacting "full shield" LLP legislation. The push to enact has emanated from professionals (accountants and lawyers) and their respective associations. In particular, accountants have been concerned over their liability exposure to third parties, a perceived insurance crisis in insuring their professional risks and their inability (in some jurisdictions) to practice in a corporate form of organization (as opposed to a partnership form). LLPs are a means to reduce such concerns.

It is our understanding that all the major accounting firms and many law firms in the United States are now organized as LLPs.

4. Canadian Initiatives

With the flurry of legislative enactment in the United States, stakeholder groups in Canada became interested in the potential benefits of LLP legislation. This section delineates the major Canadian initiatives to date on this subject.

4.1 Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce

On March 1998, the Senate Committee released a report entitled *"Joint and Several Liability and Professional Defendants"*. Alongside other recommendations, the Committee urged "the provincial and territorial governments to take the necessary steps to provide for the creation of limited liability partnerships and/or corporations by professionals who wish to practice within such structures".[3]

The Committee very much focussed on auditor's liability. The accounting profession maintained before the Committee that auditors were facing a liability crisis brought on, for the most part, by the application of the rule of joint and several liability (as co-defendants in a legal suit). Along with responding to these concerns in its recommendations, the Committee stated as follows:

> *In Canada, professionals such as lawyers and accountants must practise largely in a partnership structure. As a result, such professionals are faced with liability at two levels – as co-defendants and as partners. Liability at the partnership level is joint and several amongst the partners and exposes the assets of the partnership and those of the individual partners to the liability of the firm. Each partner in a firm is jointly and severally liable with the other partners if a claim for damages based on negligence is made against any of the firm's partners. The personal assets of a partner can be used to satisfy a judgment against a firm even if the partner is not actually responsible for the loss...*
>
> *Many jurisdictions have concluded that it is appropriate for professional firms to limit their liability. In the United States, in particular, the move to professional corporations, limited liability companies and limited liability*

partnerships is well advanced, with most states having enacted legislation to permit professionals to operate within these frameworks. ...

One of the most popular structures for limiting liability is the limited liability partnership (LLP). Limited liability partnerships allow firms to retain their partnership structure while protecting the personal assets of partners who have no involvement in a negligence action. The firm is liable for the acts committed by its members in the ordinary course of the firm's business, but individual members, while continuing to maintain responsibility for their own acts and for those over which they have a direct supervisory role or knowledge, will not be liable for each other's acts. ...

Although limiting liability at the partnership level is not within the jurisdiction of Parliament, the Committee believes it is an issue worthy of comment in this report. The Committee has benefited from the testimony of Ms. Alison Manzer, who first appeared before the Committee in October 1996 with the delegation from the Canadian Bar Association. At that time, Ms. Manzer described the evolution of liability amongst professional partners as follows:

> *The traditional professions of law, medicine and accounting have historically attached responsibility and care beyond that of the provider of other services and consequently face liability for the results of their professional advice and business activities beyond that generally imposed on the businessperson. These consequences were based on a client relationship, and the importance of the services to the client who often required special protection.*
>
> *Joint and several liability for members of professional firms emerged at the time when professionals had responsibility only to their clients. Professional responsibility has evolved by the imposition of tort liability, elimination of contributory negligence bars to a plaintiff's action and expanded recognition of responsibility to persons other than clients. Professionals now face potential liability from a variety of sources, including third parties, knowingly or unknowingly relying on the professional work. In addition, the size of awards has increased dramatically.*
>
> *The issue is whether liability of this nature, based on a unique relationship with a learned professional, remains valid. Most occupational groups now recognized as professional do not face the liability issues of the traditional professions. They are often permitted to practice in an incorporated or other limited liability business structure, thus restricting individual liability to their direct professional activity. They are not exposed to liability for the activities of their partners.*[4]

The Committee concluded that professionals should be able to practice in LLPs and urged provincial and territorial governments to enact legislation. The Committee stated the following:

> *The Committee questions whether there remain good and sufficient reasons for requiring certain professionals to practise within a traditional partnership structure. Why should partners who are not involved in a negligent act be personally exposed to liability arising from the activities of their negligent partners? Why must the traditional professions such as law, accounting and medicine continue to face exposure to personal liability for the activities of their negligent partners while other professionals can limit their exposure through incorporation or some other limited liability structure? To avoid facing the possibility of losing their personal assets to satisfy a judgment against their firm or a negligent partner, professionals will often take steps to limit their personal liability by making themselves judgment-proof. Why should some professionals feel compelled to take these steps to protect their personal assets?*
>
> *The CICA expressed its enthusiasm for limited liability partnerships as a means of protecting the personal assets of partners who are not involved in a claim before the courts. It pointed out that*
>
> > *[T]he one area that will help somewhat in the joint and several issue is that lawyers for plaintiffs use the threat of going to a partner's personal assets as one of the bargaining chips in getting settlements. ... There is no question that lawyers for plaintiffs have threatened that they will go right through the partnership into a partner's personal assets...*
>
> *The Committee believes that structures such as limited liability partnerships should be available to professionals who wish to limit their personal liability. It wishes to stress that within the confines of these structures, professionals should continue to maintain responsibility for their own actions and for the actions of others over which they have a direct supervisory role or knowledge.* [5]

4.2 Ontario, Alberta and Saskatchewan

Ontario was the first Canadian jurisdiction to enact LLP legislation in 1998. Alberta and Saskatchewan have enacted LLP legislation in 1999 and 2001 respectively.

4.3 Alberta Law Reform Institute

The Alberta Law Reform Institute issued a Final Report on *Limited Liability Partnerships* in April 1999. It was preceded by an Issues Paper (March 1998) as well as a Summary Report (December 1998).

The Final Report is perhaps the definitive Canadian discussion document on limited liability partnerships. It is an invaluable resource in understanding LLPs and related policy issues/options for consideration. The Final Report is available on the Internet.[6]

4.4 Uniform Law Conference of Canada

The Uniform Law Conference of Canada is devoted to harmonizing the Canadian statute law where harmony is beneficial. It prepares uniform or model statutes that it recommends be considered for enactment.

In August 1999, the Conference produced a LLP Model Act. This does not necessarily mean the Conference "endorsed" all provisions in the Model Act. The Conference has made it available as a model that could be followed. The Model Act and discussion report are available on the Internet.[7]

5. Other Jurisdictions' Initiatives

It is our understanding other jurisdictions have examined or have enacted provisions that deal with LLPs. We have not embarked on a comparison of these initiatives.

We note Great Britain enacted LLP legislation in 2000. Their legislation treats the LLP as a separate legal entity apart from its partners. This is a significant difference to Canadian and United States initiatives that continue the concept the LLP is only a variation of a partnership and thus, not a separate legal entity. Due to this, Great Britain's legislation must address policy issues that arise due to the approach – termination of the old partnership, transfer of assets to the LLP, accounting and taxation matters, etc.

Sections 6 and 7 of the Report discuss LLP policy issues in the context of the Canadian and United States legislative environment.

6. Should New Brunswick Enact LLP Legislation?

For some stakeholder groups, in particular accountants and lawyers, real or perceived benefits exist to be able to practice as a LLP. This is tied into the historical reasons for the development of LLPs including concern over their liability exposure to clients and third parties, the escalation in the dollar amount of judgments, the imposition of joint and several liability on co-defendants and a perceived insurance crisis in insuring their professional risks. In today's insurance environment, some risk may not be insurable or costs to insure are considered prohibitive. These concerns will not all be eliminated by the enactment of LLP legislation. Nevertheless, the Senate Committee viewed such legislation as one means to mitigate these concerns.

LLP legislation has the affect of changing the risk allocation from the status quo situation. With a partial shield LLP model, the plaintiff will no longer be able to go after the personal assets of the non-negligent partner, but will have only the partnership assets and the personal assets of the negligent partner to go after. One may ask whether

the assets of a partnership will be sufficient to cover a judgment? What happens if the judgment is not covered by any insurance policy that the firm may have or is required to have or if the judgment exceeds such insurance amount? With a full shield LLP model, the liability shield for partners is broadened so that the partner's personal assets will not be available to satisfy any debts and liabilities of the partnership.

One may conclude that if benefits exist for professionals to practice as LLPs, then a corresponding disadvantage must exist for clients of the LLPs. Certainly there is a change in the risk allocation between the parties. But aside from the effect on individual cases, one may very well debate the true macroeconomic impact of having or not having LLP legislation. Does the current legal situation create impediments to the efficient and effective delivery of professional services to the business community and the public? Will LLP legislation improve the situation so that not only is there a benefit to the professional but a global benefit to the public?

We are not aware of any relevant empirical studies that have analysed neither the risk allocation impact of LLPs nor the economic consequences of LLP legislation. For example, are all plaintiffs really disadvantaged or are only "large judgment" plaintiffs disadvantaged by not being able to go after the personal assets of the non-negligent partner. Are large judgment plaintiffs always "sophisticated" in knowledge of the risk and in ability to absorb financial losses themselves? Will the reduction of a partner's personal liability exposure impact the costing structure of professional fees?

In any LLP model, the plaintiff against a negligent partner is no worse off than if the partner was practising alone as a sole proprietor or as a corporation. Likewise, ordinary trade creditors of the LLP are no worse off than they would be if they were dealing with a corporation. In New Brunswick, many professionals are able to practice within a corporation, thus taking advantage of the limited liability characteristics of a corporation. Many professionals who have this option still continue to operate in a partnership due to other beneficial attributes of a partnership (management structure, taxation structure, etc.). Many jurisdictions have imposed mandatory insurance requirements on LLPs that practice a profession to counterbalance risk allocation concerns.

Proponents for LLPs raise what they believe is a basic question of fairness. As mentioned in the Alberta Law Reform Institute Report:

> *It is argued that it is unfair and contrary to the public interest that professionals are required to practise in firms in which the personal assets of every owner are answerable for all claims against the firm. It is particularly unfair and counterproductive, it is argued, that the personal assets of a member of a professional firm should be answerable for malpractice claims that arose out of an engagement in which that particular individual has no personal involvement. Professionals, the argument continues, should be able to practise in firms whose members would be shielded from personal liability of other members, employees or representatives of the firm. Only those members of the firm who are personally implicated in the wrongful acts or omissions should be subject to personal liability for the firm's malpractice liability.* [8]

Aside from the direct benefits to certain stakeholders and the change to risk allocation, it is difficult to forecast with certainty the economic impact of having or not having LLP legislation in New Brunswick. Is it useful to be in sync with the trend towards LLPs? Will it result a better business environment for New Brunswick? Will it attract businesses to create New Brunswick LLPs instead of LLPs in their home jurisdiction?

Presently, Alberta, Ontario, and Saskatchewan are the only Canadian jurisdictions that have enacted LLP legislation. It is foreseeable some other provinces will follow, but we can only speculate as to when.

At this point in time, we wish to obtain feedback on whether New Brunswick should enact LLP legislation. Certain stakeholders may wish to review the entire Report prior to giving feedback in this section.

1. Should New Brunswick enact LLP legislation?

☐ Yes ☐ No

Reason for response

Any qualifications to your response or other comments

2. If New Brunswick decides to enact LLP legislation, what type of priority should government put on its enactment?

☐ High ☐ Medium ☐ Low

Reason for response

7. Major Policy Issues

7.1 Who Can Use LLPs?

The impetus for the creation of LLPs has been certain professional groups – accountants and lawyers. Initially, LLP statutes in the United States limited the use of LLPs to self-governing groups. Ontario, Alberta and Saskatchewan have limited the use of LLPs to one or more traditional professional groups (e.g. accountants, doctors, lawyers, etc.). It would seem those provinces will add professional groups as they demonstrate a need for the liability protection afforded by a LLP.

On the other hand, the Uniform Law Conference of Canada and the Alberta Law Reform Institute saw no compelling reason for limiting the availability of LLPs to certain types of activities or professions. Certainly, there are fewer public policy issues surrounding a LLP that operate a business than practice a profession. In the United States, most states permit LLPs to carry on any business activity.

3. Should provisions limit the availability of LLPs to certain activities and professions?

☐ Yes ☐ No

Reason for response _____

_____

_____

If yes, what activities and professions should be able to use LLPs? _____

_____

_____

Reason for response _____

_____

_____

If a decision is made that professionals are able to practise in LLPs, there may be differences of opinion whether the governing Acts of such professions presently would permit it. Ontario legislative provisions state that a LLP cannot practice a profession unless the governing Act of the profession expressly permits a LLP to practice the profession. Complementary amendments to the governing Acts of the relevant professional associations were required. Alberta and Saskatchewan chose to identify eligible professions and to indicate they are able to practice as a LLP unless the governing body passes a rule or by-law prohibiting its members from practising as a LLP. Both approaches have their advantages and disadvantages.

4. Do you favour one legislative approach over the other?

☐ Yes ☐ No

If so, indicate which approach and why?

If there is another approach you wish to suggest, please specify.

5. There is a trend for different professionals such as accountants and lawyers to join together in multi-disciplinary firms to provide services to clients. Are there particular issues that any LLP legislation would have to address for any multi-disciplinary LLP?

☐ Yes ☐ No

Reason for response

7.2 Partner's Liability for Another Partner's Actions

In a general partnership, a partner's personal assets are available to satisfy a judgment against the partnership. In a LLP, a partner's personal assets will not be available to satisfy a judgment against the partnership concerning the negligence of another partner. Under both scenarios, the partnership's assets and the personal assets of the negligent partner are available to satisfy the judgment against the partnership.

In New Brunswick, along with being able to practise as a sole proprietor or in a general partnership, many professionals are able to practice through a corporation (e.g. chartered accountants, doctors, lawyers, etc.). The governing Acts of such professions address the liability of its members who practice through a corporation[9]. As a minimum, the negligent member who practices through a corporation will be personally liable. In most cases, the non-negligent member in the corporation will not be personally liable.

Historically, the LLP evolved as an initiative to eliminate the innocent partner's liability for the negligent acts and omissions of another partner. The Ontario Act maintains this focus, creating a "shield" from liability for the negligent acts or omissions of another partner.

The trend in the United States is to broaden the shield, so as to cover as well actions relating to malpractice and misconduct by another partner. This trend may have evolved over concerns that the negligence benchmark would continue to lead to disputes and litigation whether the actions by the partner were negligent or not. A claimant may argue a partner's actions constituted "malpractice" or "misconduct" instead of negligence so as to be able to make the other partners liable as well.

Alberta has followed the broader approach, excluding liability in relation to "negligence, wrongful act or omission, malpractice or misconduct". This shield results in a partner not being liable for the theft, fraudulent acts, misappropriation of trust funds, malpractice and other misconduct by another partner. In all cases, the assets of the partnership and the personal assets of the offending partner are available to satisfy a judgment.

6. Should a partner's exclusion from liability for the actions of another partner be based on

☐ the negligent act or omission of the other partner (Ontario approach)?

☐ the negligence, wrongful act, malpractice or misconduct of the other partner? (Alberta approach)

Reason for response

If there is a different approach you wish to suggest, please specify

7.3 Partner's Liability for an Employee's Actions

A partnership is responsible for the actions and omissions of its employees and agents (hereafter referred to as "employee") that happen in the normal course of its business activities. This is similar to the responsibility a corporation has for its employees and agents. In either case, the partnership's assets or the corporation's assets are available to satisfy a judgment against the partnership or corporation.

In a general partnership, the personal assets of a partner are available to satisfy a judgment against a partnership for the acts and omissions of its employees. The "partner" within a corporation does not have this exposure.

It would seem most LLP statutes in the United States create a shield for a partner in relation to acts or omissions of employees except where there is a direct supervisory connection. That is, the partner will continue to be personally liable in relation to employees that they directly supervise. Ontario and Alberta follow this general approach.

Creating a shield for a partner in relation to acts or omissions of employees is somewhat a logical extension of whether a partner should be liable for the acts or omissions of another partner. Should a partner be liable for the negligence of an employee that the partner may have had no contact with? Why should the partner's personal assets be available whereas such exposure would not exist if the partnership were a corporation?

The above arguments seem to have swayed most jurisdictions to provide a shield to a partner in relation to the acts or omissions of an employee on a similar basis to what they have done vis-à-vis a partner's liability for another partner's acts and omissions. Nevertheless, most have created an exception to the shield in relation to employees a partner directly supervises.

The approach of having partners liable for those that they directly supervise is not without debate as to its merits. The Alberta Law Reform Institute Report discussed this issue:

> *The liability of supervisors is a more interesting question. As mentioned earlier in this chapter, LLP statutes ... frequently impose what amounts to vicarious liability on supervising partners. The Ontario statute, for example, provides as follows.*
>
> > *[The liability shield] does not affect the liability of a partner in a limited liability partnership for the partner's own negligence or the negligence of a person under the partner's direct supervision or control.*
>
> *Given that professionals are going to be permitted to practise in limited liability firms, we do not agree that it is appropriate or useful to impose vicarious liability on partners merely because they happen to be supervising the person who is actually guilty of a negligent or otherwise wrongful act or omission. In fact, we think it may be counterproductive to do so.*
>
> *We continue to have the concern about imposing vicarious liability on supervising partners that we expressed in the issues paper:*
>
> > *... Given that direct supervisors are personally responsible for the sins of their subordinates, who would want to be a supervisor? To a certain extent, there could be a divergence of interest between the firm, as a collective, and its individual members. The firm, as a collective, would have an incentive to adequately monitor and supervise. But individual members of the firm would have a disincentive to assume those roles.*
> >
> > *Individual members of the LLP would have an incentive to avoid supervisory responsibilities and to know as little as possible about what other members of the firm are doing, so as to minimize the potential for guilt (and personal liability) by association...*

We believe that it will be more efficacious to impose liability on members of limited liability firms who are negligent in discharging supervisory responsibilities or who are negligent in failing to supervise the persons who are actually doing the work. This is the approach taken in some US states.[10]

In Ontario, once the supervisory connection has been established, that supervising partner will be held liable. In Alberta and most United States jurisdictions, the additional requirement is that the particular supervising partner failed to provide such adequate and competent supervision as would normally be required in those circumstances.

7. Should there be a shield to a partner of a LLP so that the partner is not normally liable for the acts or omissions of employees and agents?

☐ Yes (Alberta and Ontario approach) ☐ No

Reason for response

Other suggested approach or comment

In most jurisdictions that provide a shield so that a partner is not liable for the acts or omissions of employees and agents, an exception is created to continue to make a partner liable where the partner is directly supervising the employee or agent. At least two variations on this exist.

Should the supervising partner be held liable for the acts and omissions of employees and agents

☐ based strictly on the fact the partner has supervised the employee or agent? (Ontario approach)

☐ based on the fact the partner has supervised the employee or agent and has failed to provide such adequate and competent supervision as would normally be expected of a partner in those circumstances? (Alberta approach)

Reason for response

Other suggested approach or other comment

Under either scenario, where provisions make a partner liable for the acts or omissions of an employee, an issue arises as to the scope of the acts or omissions that bring about liability. This is somewhat analogous to Question #6 on whether the focus is on negligent acts or a broader scope of acts that include negligence, malpractice or misconduct (which may include fraudulent acts, theft and misappropriation of trust funds).

8. Should the supervising partner's liability be in relation to

☐ negligent acts or omissions of the employee?

☐ the negligence, wrongful act, malpractice or misconduct of the employee?

Reason for response

Other suggested approach or comment

7.4 Partial or Full Liability Shield

The partial shield model refers to LLP legislation that shields the non-negligent partner from liability created by a negligent partner or employee/agent, but leaves the partner liable for all other type of debts and liabilities of the partnership. Sections 7.2 and 7.3 addressed the above characteristics of partial shield LLPs. The shield is basically in relation to professional malpractice, i.e. the negligence or "torts" of the partnership while carrying on its practice.

Under the full shield model, the shield is broadened to cover all debts and liabilities of the partnership. The partner's shield is similar to the shield a shareholder has in regards to the debts and liabilities of the corporation. Creditors of the partnership would only be able to go after the partnership assets, not the personal assets of the partners.

The argument for a full shield LLP model is that it makes a clearer and simpler demarcation line as to when limited liability for a partner accrues. It puts the LLP on the same footing as a corporation as to its limited liability characteristics.

An example of making a clearer demarcation line is in relation to a claim against a partnership that can "on the facts" be based either in negligence or breach of a contract to provide professional services. If the claim is proceeded with based on breach of contract, all partners in a partial shield LLP will be held liable for the breach even though they played no role in the breach of contract. If the claim is proceeded with on the basis of negligence, the non-negligent partners would not be personally liable for the negligence of another partner. Under the partial shield model, partners will have uncertainty as to whether the shield is effective in all cases relating to the delivery of professional services.

As to putting the LLP on the same footing as a corporation, proponents argue that a plaintiff or creditor of a full shield LLP is no worse than when dealing with a corporation. Further, in many circumstances, partners have acquired the benefit of limited liability with trade creditors in any event. Partnerships very often create management corporations to manage the administrative operation of the partnership (e.g. rent, supplies). A trade creditor's contractual dealing may be with the management corporation not with the partnership per se.

Under either model, the shield does not relieve the personal liability a negligent partner has. That is, the partnership's assets and the personal assets of the negligent partner will be available to satisfy a judgment against the partnership for a partner's negligence. As to an employee's negligence, one would look to the partnership's assets and to that employee's personal assets.

In the United States, half the jurisdictions are partial shield, half are full shield with the more recent trend towards the full shield approach. Ontario and Alberta have enacted LLP legislation with a partial shield approach. The Alberta Law Reform Institute favoured a full shield approach. The Model Act and the Saskatchewan Act are full shield approaches.

9. Which approach should New Brunswick follow for LLP legislation?

☐ partial shield model ☐ full shield model

Reason for response

Other suggestions

The full shield model equates partners as shareholders and attempts to put them on the same liability level - i.e. limited. Partners however are also managers of the partnership, similar to directors of a corporation. Various pieces of legislation in New Brunswick, Canada and other jurisdictions impose statutory liabilities on directors (E.g. Canada Pension, unemployment insurance and environmental legislation). One would argue that a partner who is a manager of a partnership should have no less statutory responsibility than a director of a corporation. Issues arise as to whether one can differentiate partners so to attach "director" liability on some partners and not on other partners. We note the Model Act and the Saskatchewan Act make all partners of a full shield LLP liable for any partnership obligations which they would be liable if the partnership were a corporation of which they were directors.

10. If New Brunswick follows a full shield LLP approach, should all partners be liable for partnership obligations for which they would be liable if the partnership were a corporation of which they were directors?

☐ Yes ☐ No

Reason for response

Other suggestions

7.5 Distribution of Partnership Property to Partners

An issue arises as to the extent a LLP should be able to distribute its property to its partners. Corporate law statutes, including the New Brunswick *Business Corporations Act*, generally restrict the ability of a corporation to distribute its property to its shareholders (owners). For example, dividends may not be paid to shareholders if the corporation would be unable to pay its liabilities as they come due. These restrictions have evolved in order to protect creditors, including employees of the corporation. The test is usually a dual liquidity-solvency test.

A partnership does not legally operate completely like a corporation. In relation to distribution of profits to partners and return of capital contributions, differences exist. For example, partners often draw against the partnership property in order to be paid a "salary". Partnership legislation generally does not prohibit or restrict distributions. The exception is on the winding up of the partnership where the debts and liabilities of the partnership must be paid prior to paying a partner.

Any distributions to a partner that may act to favour the partner over and above a general creditor of the partnership is subject to a jurisdiction's general laws regarding fraudulent preferences and fraudulent conveyances. Historically, this has been viewed as providing satisfactory protection to a creditor, given partners are personally liable for the debts and liabilities of the partnership.

With LLP legislation, one may take the position some restrictions similar to corporate legislation should be in place to further protect claimants and creditors of the LLP. The concern may be greater with the full shield model given a partner will no longer be personally liable for any debts and liabilities of the partnership.

Ontario, Alberta and most LLP legislation in the United States do not contain provisions that restrict distributions to any greater extent than in a general partnership. The Model Act and the Saskatchewan Act, being full shield approaches, do contain restrictions on distributions based on a liquidity-solvency test. Nevertheless, they provide an exception

to permit a partner to be paid reasonable compensation for services rendered. This would be analogous to an employee of a corporation being paid a reasonable salary amount even though the employee may as well be a shareholder/owner of the corporation. The exception permits the partnership to pay a "salary" amount to a partner for services rendered.

11. In relation to provisions to restrict the ability of a LLP to make distributions of its property to partners, should such provisions apply

☐ to a full shield LLP?

☐ to a partial shield LLP?

☐ to both types of LLPs?

☐ to neither type of LLP?

Reason for response

Other suggestions or comments

If there are to be restrictions on the ability of a LLP to make distributions of its property to partners, should there be an exception to permit a partner to be paid reasonable compensation for services rendered?

☐ Yes (Model Act and Saskatchewan approach) ☐ No

Reason for response

Other suggestions

7.6 Mandatory Insurance – A Requirement for Professionals?

Most, if not all, jurisdictions in Canada and the United States that have enacted LLP legislation have required professionals to have mandatory insurance. This is viewed as a counterbalance to allowing professionals to practice in a LLP. It reduces concern over the changes to the risk allocation between the partnership and its clients, given the client will no longer be able to go after the personal assets of the non-negligent partners. As well, LLP legislation will usually reduce the partner's liability for an employee's actions.

The mandatory insurance issue does not seem to arise for LLPs that carry on general commercial activities. This may be due to the fact the "owners" could always incorporate a corporation. Historically, many jurisdictions have prohibited or restricted professionals from practicing in a corporation.

One concern is whether LLP legislation will lessen the quality of professional services given a partner's risk exposure is reduced with the shield. The Alberta Law Reform Institute Report concluded as follows:

> *While it is possible that limited liability for malpractice liabilities will have some negative effect on professional firms' incentives to take care, we believe this effect would be minimal. For the great majority of engagements, we do not believe that limited liability would make any difference to the firm members' incentives to take care in the provision of the relevant professional services.* [11]

One may question why LLPs that practice a profession should be singled out so as to require mandatory insurance. After all, the member of the public will always have a right of action against the negligent practitioner – whether he or she practices as a sole proprietor, a partner or employee in a partnership or an employee in a corporation. As well, the corporation or the partnership's assets would be available to satisfy a judgment. One may however question what assets really exist in the corporation or partnership that practices a profession to satisfy a judgment. This same question can be raised for all corporations and partnerships that carry on a business.

Mandatory insurance can, however, be viewed as a safeguard provision for the claimant against a negligent act or omission committed by a LPP member (whether partner, employee or agent). With LLP legislation, the claimant has lost the potential to go against the personal assets of the non-negligent partner. This may reduce the incentive to the partnership to settle a claim. It may reduce the ability to recover the judgment amount if the assets of the partnership and the personal assets of the negligent partner are not sufficient to satisfy the judgment.

To date, LLP legislation in the Ontario, Alberta and most, if not all, states in the United States require some type of mandatory insurance (or equivalent requirement) for LLPs that carry on a profession.[12] An equivalent requirement may be some form of bonding, escrow or capitalization requirement. It is our understanding the vast majority of jurisdictions focus on mandatory insurance as the most workable solution to address any public policy concerns in this area. Saskatchewan's legislation is permissive, leaving it to the governing Act/by-laws of any eligible profession to determine whether mandatory insurance will be a requirement or not.

12. Should LLPs or members within a LLP that practice a profession be required to have mandatory insurance?

☐ Yes ☐ No

Reason for response

☐ Other suggestions

It should be noted any mandatory insurance will not only have to cover the partner as to his or her own acts or omissions, but subject to the policy options in Section 7.3, the acts and omissions of employees and agents that the partner is directly supervising.

One may ask what happens in the situation where a LLP is required to have mandatory insurance but for some reason does not have such insurance. LLP legislation that has been examined does not clearly address this point. It would seem logical to argue that if a particular LLP fails to meet the mandatory insurance requirement, the partners in the LLP should not be able to take advantage of the shield provided by the legislation. That is, the LLP will be treated as an ordinary partnership with respect to rights or obligations acquired while it had no mandatory insurance in effect.

13. Where a LLP is required to have mandatory insurance but does not, should the LLP be treated as an ordinary partnership with respect to rights and obligations acquired while it had no insurance in effect?

☐ Yes ☐ No

Reason for response

Other suggestion or comment

7.7 Mandatory Insurance – What Professional Groups?

If mandatory insurance is the desired approach, what professional groups should be required to have mandatory insurance in order to practice within a LLP? What benchmark will be used in making this determination? Although there are obvious groups that would be considered – accountants, doctors and lawyers – we have not seen a definitive list on a comparative jurisdictional basis.

Presently, Ontario permits chartered accountants and lawyers to practise as LLPs. Alberta has put in provisions to facilitate the use of LLPs by certified general accountants, certified management accountants, chartered accountants, chiropractors, dentists, doctors, lawyers and optometrists. In Saskatchewan, two professions – lawyers and chartered accountants – have allowed their members to practice through LLPs.

Many professional groups in New Brunswick require their members to have insurance. The exact terms of such insurance may or may not be in sync with any potential mandatory insurance requirement imposed for LLPs that practice a profession. We have not provided a list of professions that presently have insurance requirements. We wish to obtain general feedback on whether – due to the unique characteristics of LLPs – mandatory insurance should be a requirement for certain "professional" LLPs.

14. If you favour mandatory insurance for LLPs, please indicate which of the following professionals should be required to have mandatory insurance in order to practice as a LLP:

- ☐ accountants
- ☐ chiropractors
- ☐ dentists
- ☐ doctors
- ☐ engineers
- ☐ lawyers
- ☐ optometrists
- ☐ Other. Please specify _____

Comments, if any _____

15. What benchmark should be used in determining which professionals should be required to have some form of mandatory insurance in order to able to practice within a LLP?

7.8 Mandatory Insurance – Determination of Minimum Insurance Requirements

If mandatory insurance is a requirement for certain professional groups, the issue is what will be the characteristics of such insurance and will it differ depending on the particular professional group. Secondly and perhaps more importantly, who will make these decisions?

The Alberta Law Reform Institute stated:

> *There is a question of who should be responsible for establishing the mandatory insurance requirements for professionals who wish to practice in limited liability firms. One perspective is that the government or some independent agency should set the levels of mandatory insurance. ...This approach might be justified on the basis that since the legislature confers the privilege of limited liability practice, it is appropriate for the legislature, or at least for some independent government agency, to determine the conditions under which the privilege may be exercised.*
>
> *Where a profession is self-governing, however, establishing the levels of mandatory insurance for limited liability firms could be viewed as being much like the other regulatory functions that the legislature delegates to the relevant self-governing body. Presumably, one of the main reasons for delegating responsibility for the regulation of a profession or occupation to its members is a perception that they will have a comparative advantage over government departments or an independent agency in determining and enforcing appropriate standards. In the present context, the governing bodies of the relevant professions might be expected to have an advantage in obtaining and evaluating information that is relevant in determining the appropriate levels and types of mandatory liability insurance. This would include information about the magnitude and frequency of claims, their relationship, if any to firm size and area of practice, the availability and cost of liability insurance, and so on.*
>
> *Another consideration is that determination of minimum insurance requirements for members of the relevant professions is currently left to the relevant self-governing bodies. ...Thus, we conclude that it would be appropriate for the legislature to delegate the task of setting the level of mandatory minimum insurance requirements for limited liability professional firms to the relevant self-governing bodies.* [13]

Leaving the determination of minimum insurance requirements to the governing body of a profession leaves room for differences of opinion of what should be the minimum requirement and other related issues. As well, minimum levels will likely vary among professions given the unique circumstances of each profession. These differences will likely occur no matter who determines the minimum requirement. These issues are also not unique to LLPs, given many professional bodies presently require their members to carry insurance.

Both Ontario and Alberta have deferred the determination of the minimum level of mandatory insurance to the relevant professional governing bodies.

16. Who should set the mandatory minimum level of insurance for a particular profession?

☐ The particular profession through its governing body.

☐ Other mechanism. Please specify and set out reasons.

7.9 Registration of New Brunwick LLPs

In setting up some type of public disclosure system to identify LLPs from general partnerships, one must determine what is the triggering event in order to

- create a LLP
- convert an existing general partnership into a limited partnership
- convert a LLP into a general partnership without LLP characteristics.

We have examined the approaches taken in the other Canadian jurisdictions as well as general approaches in the United States. New Brunswick would be consistent by amending where appropriate the *Partnerships and Business Names Registration Act* and the *Partnership Act*. The alternative would be to create a separate statute to govern all aspects of LLPs.

17. If LLP provisions are enacted in New Brunswick, do you favour one legislative approach over the other?

☐ Prefer approach similar to other jurisdictions of amending existing relevant Acts.

☐ Prefer a separate statute.

Reason for response

The rest of this section discusses how LLPs would hook into a registration system for public disclosure of key information items about the LLP and to act as the triggering event for LLPs. We feel to move this discussion ahead a description of a potential registration system is needed. We have taken the liberty of describing an approach that is most similar to other jurisdictions. That is, New Brunswick would amend its *Partnerships and Business Names Registration Act* and *Partnership Act.*

A partnership would be able to acquire the characteristics of an LLP only by filing a designation to become a LLP under the *Partnerships and Business Names Registration Act.* The designation itself will be either a new form under the Act or as the case may be, an information item on existing forms under the Act. The designation is only effective from the date of the "filed" designation.

At present, partnerships are required to register their firm name under the Act if they carry on a trading, mining or manufacturing activity. Trading has been viewed to be associated with the sale of goods as opposed to the sale of services. It is our recommendation that any partnership that wishes to become a LLP must register under the *Partnerships and Business Names Registration Act* and file when applicable, its designation as an LLP.

It is not recommended that the internal procedural requirements for a partnership to become a LLP be set out. Such internal proceedings will be governed by the *Partnership Act* and the partnership agreement among the partners.

Once a partnership becomes a LLP, the partnership may wish to undesignate itself as an LLP. Although it may be difficult to determine why this may occur, provisions will be included to permit this. Again, it is not recommended that the internal procedural requirements for a partnership to undesignate itself be set out.

It should be noted the provisions of the Act relating to renewal, change of members and change of name would be applicable to LLPs as they are for other partnerships.

18. Do you have any issue with the proposed registration and designation processes for LLPs?

☐ Yes ☐ No

If yes, please specify

One area that needs to be addressed is what happens when the LLP registration as a partnership is cancelled for non-compliance with the filing and renewal obligations of the Act. Cancellation of registrations will only occur when the Registrar under the Act takes the required steps to cancel. This requires notification in the Royal Gazette of the Registrar's intention to cancel.

In the case of a general partnership that has registered under the Act, the cancellation of its registration has no effect on the characteristics of the partnership –given the partnership is a creation of the common law and the *Partnership Act.*

Upon cancellation of the registration of a LLP, it is recommended any rights and obligations that are acquired or incurred by the partnership after its cancellation are acquired or incurred in its characteristic as a general partnership. Rights and obligations acquired or incurred by the partnership during its status as a LLP should continue to have the characteristics of a LLP notwithstanding the cancellation of the registration (or filing of an undesignation form). This approach is consistent with approaches taken in other Canadian jurisdictions.

19. Do you have any issue with the effect that a cancellation of the registration of a LLP will have?

☐ Yes ☐ No

If yes, please specify.

7.10 Registration of Extra-Provincial LLPs

This section deals with the registration issues for extra-provincial limited liability partnerships (EPLLP) that carry on business in New Brunswick. This section complements the previous section on New Brunswick LLPs.

The EPLLP that carries on any business activity in New Brunswick would be required to register under the *Partnerships and Business Names Registration Act* and file some type of designation to indicate it is a LLP. The remaining provisions of the Act would then be applicable to EPLLPs as they are now for extra-provincial general partnerships (e.g. renewal, change of members, change of name).

20. Do you have any issue with the proposed registration and designation processes for extra-provincial LLPs?

☐ Yes ☐ No

If yes, please specify

We now focus on what will be the liability of the partners of an EPLLP properly registered to carry on business in New Brunswick. The emphasis is strictly in relation to rights and obligations acquired or incurred under New Brunswick law. An example may be in relation to professional services performed in New Brunswick for a New Brunswick resident.

In the normal course, where the New Brunswick resident has a negligence action against an EPLLP, the assets of the partnership will be available to satisfy a judgment. In relation to the partner's personal assets, this would initially depend on the LLP legislation in the firm's home jurisdiction. Such legislation could provide either a full or partial liability shield and be different than any resulting New Brunswick legislation. Basically, it is proposed the laws of the jurisdiction under which a LLP is formed would govern the liability of its partners for debts and liabilities of the partnership or any of its partners.

Jurisdictions seem to be unanimous in generally deferring to the laws of the "home" jurisdiction of the EPLLP, as it relates to the liability of partners for the debts and liabilities of the EPLLP. The Uniform Law Conference of Canada's Model Act follows this approach as well. This general deference approach is not unique to LLP legislation but exists in many areas of law including corporate legislation. It is in part based on mutual respect for and acceptance of each jurisdiction's laws, the comity of nations and conflicts of law principles.

21. When an EPLLP is properly registered in New Brunswick, should New Brunswick defer to the laws of the EPLLP's home jurisdiction as it relates to the scope of a partner's personal liability for the debts and liabilities of the LLP?

☐ Yes ☐ No

Reason for response

Any qualifications to response or other suggestions

Notwithstanding jurisdictions unanimously deferring to the laws of the "home" jurisdiction of the EPLLP as it relates to the liability of partners, Alberta and Saskatchewan will treat the non-registered EPLLP as an ordinary partnership with respect to rights and obligations that are acquired or incurred by the partnership pursuant to those province's laws. This may be based on the view the partners of the EPLLP should not be able to take advantage of the liability shield unless there has been proper disclosure to their public through the registration process.

These types of provisions may have limited effectiveness. They may be effective within the enacting jurisdiction. It may be questionable the extent they will be given full legal effect in the home jurisdiction of the EPLLP or in other jurisdictions. For example, if a New Brunswick claimant pursued his or her action in or attempted to realize on a New Brunswick judgment in the EPLLP's home jurisdiction, it is debatable whether the home jurisdiction will enforce the provision in New Brunswick law which has the effect that the liability shield should not apply due to non-registration in New Brunswick. On the other hand, if the assets the New Brunswick claimant is going after is situated in New Brunswick, the New Brunswick claimant will likely derive benefit from the enactment of the provision.

22. Where an extra-provincial LLP carries on business in New Brunswick but fails to properly register in New Brunswick, should provisions treat the LLP as an ordinary partnership in New Brunswick with respect to rights or obligations acquired pursuant to New Brunswick laws?

☐ Yes ☐ No

Reason for response _____

_____

Other suggestions _____

_____

_____

Another area for discussion is to determine whether provisions should address the situation of a New Brunswick partner in an EPLLP that is properly registered under New Brunswick law. Where that New Brunswick partner for example practices law in New Brunswick, his or her liability exposure to clients in New Brunswick may be greater, equal or less than his counterpart who practices through a New Brunswick LLP. The partner liability provisions for a New Brunswick LLP and the other jurisdiction's EPLLP will likely differ, given the variations among jurisdictions as to full and partial shield approaches.

Under either scenario, the partner will continue to be liable for his or her negligence. But variations may exist as to whether the New Brunswick partner's shield is related to the negligence of another partner or the negligence and other wrongful acts of the other partner (the other partner could also be in New Brunswick). Likewise, the liability

exposure in relation to employees may differ. One may wish to remain cognizant that the New Brunswick partner's liability may be similar or different from his or her counterparts that are able to practice within a corporation in New Brunswick.

Alberta and Saskatchewan have enacted provisions to address these issues. Basically, an Alberta/Saskatchewan partner in an EPLLP will have the same level of liability as his or her counterparts that practice in an Alberta/Saskatchewan LLP.

23. Should a New Brunswick partner of an extra-provincial LLP have any greater protection against personal liability in respect to his or her practice as a professional in New Brunswick than a partner in a New Brunswick LLP?

☐ Yes ☐ No (Alberta and Saskatchewan approach)

Reason for response

Other suggestion

7.11 Requirement of "LLP" in the name of an LLP

Legislation in Ontario, Alberta and Saskatchewan require limited liability partnerships to use the words "limited liability partnership", "société à responsabilité limitée", LLP or "s.r.l." in their name in order to identify to the public its special characteristic as a "limited liability" partnership. Most, if not all, states in the United States have a similar requirement.

The basis for the requirement is likely the perspective that given a LLP is a special form of partnership, such identifier should be attached to "alert" or "disclose" to the public that they are dealing with a "limited liability" partnership rather than a "general" partnership.

It would seem in the future LLPs may be more prevalent than general partnerships. If a member of the public wishes to understand the characteristic of the "entity" he or she will be dealing with, the means is becoming easier as many registries are accessible through the Internet. Is it reasonable to assume people will appreciate the difference between a LLP and a general partnership simply by having "LLP" in the name?

The real issue may be whether the liability shield that is inherent with a LLP is acceptable from a public interest standpoint. Nevertheless, it would seem jurisdictions have favoured a cautious approach by mandating the LLP identifier in the name of a LLP. This may be based on the analogy that jurisdictions, including New Brunswick, usually mandate a legal identifier for corporations - e.g. Ltd, Inc, etc. be in the name of the corporation. Likewise, legislation could set out that a LLP could not use a different operating name than its legal name (which has the LLP identifier in it). This would be stricter than what is imposed on corporations since they are permitted to use a business

name which does not contain a legal identifier. Corporate legislation usually requires the full legal name of the corporation to be on all contracts, invoices and orders for goods and services by the corporation.

24. Should New Brunswick LLPs be required to have the identifier "LLP" in their name?

☐ Yes ☐ No

Reason for response

Should a LLP be able to use a different operating name than its legal name?

☐ Yes ☐ No

Reason for response

Any qualifications to your response

Notwithstanding the response to the above, it would seem to be misleading for a partnership or any other entity to have the words "limited liability partnership", "société à responsabilité limitée", "LLP" or "s.r.l." in its name if it is not a limited liability partnership. We recommend a prohibition in relative legislation and regulations to prohibit use of those terms in the name of a business unless it is a limited liability partnership.

25. Do you agree that there should be a prohibition on the use of the words "LLP" for non-LLP entities?

☐ Yes ☐ No

Reason for response

It is our understanding some states in the United States require an extra-provincial LLP whose name does not contain the "LLP" identifier to add the "LLP" identifier when the name is being used in that particular state. Most jurisdictions do not impose such a

requirement but defer to the decision of the home jurisdiction as to whether "LLP" is required to be in the name of the LLP. This is analogous to corporate law where New Brunswick generally requires a legal identifier in the name of its corporations but does not impose it on corporations from other jurisdictions when they carry on business in New Brunswick.

Issues arise for either corporations or LLPs that would be required to add a legal identifier in their legal name in order to carry on business in New Brunswick. Likewise, what will be the legal consequences be if the corporation or LLP does not do it? A host of issues arise, and this may be why most jurisdictions defer to the home jurisdiction in this area.

26. Should an extra-provincial LLP whose name does not contain the "LLP" identifier in its name be required to add the "LLP" identifier to its name when used in New Brunswick?

☐ Yes ☐ No (Alberta, Ontario and Saskatchewan approach)

Reason for response

Other suggestions

7.12 Conversion of an existing New Brunswick partnership to LLP

We agree with the position of the Alberta Law Reform Institute that when an existing partnership converts to an LLP, this should not affect the liability of members of the New Brunswick partnership for liability that arose before or that arises out of a contract entered into before the partnership became an LLP. This is reflected in Ontario, Alberta and Saskatchewan legislative provisions.

Notwithstanding the above, differences exist whether on conversion, notices of the conversion should be sent to clients and third parties. These differences are explained as follows:

> *Obviously the mere designation in the name that the partnership is a limited liability partnership will provide little practical information to persons dealing with the partnership. It is clear that the legislative intent, in Ontario, was that, having been alerted to the limited liability nature of the entity, creditors dealing with the firm could make specific inquiry as to the nature of the limitation of liability. Further, given that Ontario has a very limited protection for partners, broader notice appears to have been considered unnecessary. The matters for which limited liability status has been extended in Ontario are those which can be covered by negligence insurance, in any event.*

Some jurisdictions require specific information to be provided to existing creditors and clients of the firm when there is a change from an ordinary partnership to a limited liability partnership. The Alberta legislation requires that upon conversion to a limited liability partnership, the partnership shall, forthwith, send to all of its existing clients a notice advising of the registration as a limited liability partnership. The notice must include an explanation, in general terms, of the potential changes to the liability of the partners, as a result of the registration.[14]

Whether differences in various jurisdictions are based on the extent of the liability shield, one can only speculate. One may as well take the position if the LPP structure is a satisfactory model for businesses to use, then notice of the conversion is strictly an administrative burden. It may be even without a mandatory requirement, certain LLPs would notify their clients as an act of goodwill and to limit potential disputes in the future. There is a line of academic authority suggesting the liability shield will not be effective in relation to existing clients without proper notification of conversion.

If notice is to be given, will notice be mandated only for the clients of the LLP or will it also be mandated for creditors of the LLP? Ontario does not mandate notice in either case. Alberta and Saskatchewan require notice to clients. In relation to creditors, the argument in favour of notification becomes stronger if a full shield LLP model is enacted.

27. When a partnership converts to a LLP, should the approach be:

☐ that the LLP be required to send out a notice...
☐ to clients? ☐ to clients and creditors?

☐ that there be no requirement to send out a notice to clients and creditors?

Reason for response _____

_____

_____

If a requirement is imposed to provide a notice, what will be the consequences if the notice is not done or is poorly worded? Both the Alberta and Saskatchewan Acts are silent as to the legal consequences of not doing the notice or doing it poorly. It is foreseeable this may lead to litigation in appropriate cases. Alternatively, one may decide to indicate what will be the consequences of a failure to provide statutory notice, other than perhaps treating it as an offence under the Act. Should the LLP and its partners be able to take advantage of the shield in relation to clients and third parties who did not get sent notification of its conversion into a LLP?

28. Where a LLP fails to provide any statutory notice to clients and third parties, should the LLP be treated as an ordinary partnership (i.e. no shield) for those clients and third parties who should have, but did not get sent, the statutory notice?

☐ Yes ☐ No

Reason for response

Other suggestion

If the liability shield is affected by the failure to provide statutory notice, a number of matters would need to be addressed. It is felt asking for suggestions (see above) are the best way of exploring these issues. For example, will the shield be affected for only a certain period of time? Likewise, if the client is aware of the change to LLP status, there would be no reason for the client to benefit from the fact statutory notice was not given.

7.13 Disclosure of Names of the Partners

Where a partnership registers its firm name under the *Partnerships and Business Names Registration Act*, it must set out all the names of its partners and each partner must sign the form. Where a renewal document is filed every five years, the same requirement is imposed. As well, where a change in the members of the partnership occurs, all incoming and continuing partners must sign the form.

The above requirements are based on the perceived need for public disclosure of who the partners are of a partnership and to ensure each person being held out as a partner is actually aware of it and agrees "on the public record" that they are a partner in a particular partnership.

The current procedures have been criticized as being cumbersome where one has a large national or international partnership that wishes to register its partnership name. Some accounting partnerships have hundreds of partners. If LLP legislation is enacted, more situations will occur where the current procedures will be viewed as cumbersome or untenable from a red tape perspective. We suggest procedures be amended in a similar fashion to those in Ontario and some other Canadian jurisdictions.

In essence, where a partnership has more than five partners,

- a designated partner may sign the form on behalf of all partners
- the names of all the partners need not be set out on the form. In lieu of this, the designated partner is required to maintain a record showing information on the incoming, retiring and existing partners of the partnership. Such records are open to public inspection and upon request and without charge, a person will be provided a copy of the said records.
- where the designated partner does not maintain such records at a designated place of business in New Brunswick, the option will exist for the agent for service appointed under the *Partnerships and Business Names Registration Act* to have such records.

29. Do you agree with the above suggestion to streamline the registration procedure where there are a large number of partners in a partnership?

☐ Yes ☐ No

Reason for response

Other comments

7.14 Other Issues

The main purpose of this Report is to solicit feedback from interested stakeholders and the public. Although every effort has been taken to identify and discuss all major issues surrounding LLPs, other issues may exist.

30. Please identify any other issues that should be considered in relation to LLPs

Footnotes

1. J. Anthony VanDuzer, *The Law of Partnerships and Corporations,* 1997, p. 25
2. The Report does a comparison between a general partnership and a LLP. In order not to add complexity, no reference is made to a limited partnership that is created under the New Brunswick *Limited Partnership Act.* A limited partnership has special characteristics by having general partners and limited partners. A limited partnership and a limited liability partnership are traditionally two very different "beasts". Jurisdictions to date have kept these concepts separate.
3. *Joint and Several Liability and Professional Defendants,* Report of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, March 1998, page V.
4. Senate Report, p. 57 – 61.
5. Senate Report, p. 61
6. See http://www.law.ualberta.ca/alri, go to "publications", to "Final Reports" and to "077 Limited Liability Partnerships (April 1999).
7. See http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/ellpact.htm and http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/ellp1.htm
8. Alberta Law Reform Institute Report, p. 6
9. *Law Society Act,* SNB 1996, c. 89, s. 37(13);
   Chartered Accountants Act 1998, SNB 1998, c. 53, s. 33(1)(2)
   Medical Act, SNB 1981, c. 87, s. 64(1)(2)
10. Alberta Law Reform Institute Report, p. 109
11. Alberta Law Reform Institute Report, p. 101
12. Manzer, *A Practical Guide to Canadian Partnership Law,* p. 10 – 43
13. Alberta Law Reform Institute Report, p. 102 – 103
14. Manzer, p. 10 – 43

Sociétés à responsabilité limitée

DOCUMENT DE CONSULTATION

New Nouveau Brunswick
CANADA

Service New Brunswick
Services Nouveau-Brunswick

Table des matières

Résumé i

1. Introduction 1
2. Qu'est-ce qu'une société à responsabilité limitée? 1
3. Initiatives américaines 2
4. Initiatives canadiennes 2
   - 4.1 Comité sénatorial permanent des banques et du commerce 2
   - 4.2 Ontario, Alberta et Saskatchewan 4
   - 4.3 Alberta Law Reform Institute 5
   - 4.4 Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada 5
5. Initiatives d'autres gouvernements 5
6. Le Nouveau-Brunswick devrait-il adopter une loi sur les SRL? 6
7. Principales questions de principe 8
   - 7.1 Qui peut constituer une SRL? 8
   - 7.2 Responsabilité d'un associé pour les actes d'un autre 9
   - 7.3 Responsabilité d'un associé pour les actes d'un employé 11
   - 7.4 Protection partielle ou complète contre la responsabilité 14
   - 7.5 Répartition des biens de la société en nom collectif entre les associés 16
   - 7.6 Assurance obligatoire – Une exigence pour les membres de professions libérales? 17
   - 7.7 Assurance obligatoire – Quels groupes professionnels? 20
   - 7.8 Assurance obligatoire – Détermination des exigences minimales 21
   - 7.9 Enregistrement des SRL du Nouveau-Brunswick 22
   - 7.10 Enregistrement des SRL extraprovinciales 24
   - 7.11 Obligation d'inclure le sigle « SRL » dans la dénomination 28
   - 7.12 Conversion d'une société en nom collectif actuelle du Nouveau-Brunswick en une SRL 30
   - 7.13 Communication du nom des associés 32
   - 7.14 Autres questions 33

Résumé

Le présent rapport a été produit en vue de faciliter les discussions avec les intéressés et le grand public au sujet des sociétés à responsabilité limitée (SRL). Services Nouveau-Brunswick a été chargé de recueillir les vues du public afin de présenter des recommandations stratégiques au gouvernement.

La section 1 présente deux questions fondamentales qui doivent faire l'objet de discussions et de rétroaction. Les voici : Le Nouveau-Brunswick devrait-il adopter une loi sur les sociétés à responsabilité limitée? Dans l'affirmative, quelles dispositions cette loi devrait-elle inclure pour régir la création, le fonctionnement et l'enregistrement des SRL?

La section 2 porte sur les caractéristiques particulières de la société à responsabilité limitée par opposition à la société en nom collectif. La principale différence est que, dans une action pour négligence contre une SRL, le plaignant peut faire exécuter un jugement uniquement contre l'actif de la société et l'actif personnel de l'associé coupable de négligence. Il ne peut plus viser l'actif personnel de l'associé qui n'a pas fait preuve de négligence. Une loi de ce genre est dite « à protection partielle » parce qu'elle protège les associés dans un cas de négligence par un autre associé. Les associés demeurent personnellement responsables de toutes les autres dettes et obligations de la SRL. L'associé négligent continue à être personnellement responsable de sa propre négligence.

Certaines administrations ont en outre élargi cette protection pour qu'un associé ne soit pas personnellement responsable des dettes et obligations de la société. Cette protection accordée aux associés ressemble à celle qui s'applique, en droit des sociétés, aux actionnaires. Une loi de ce genre est dite « à protection complète ». Il convient de signaler que l'associé négligent continue à être personnellement responsable de sa propre négligence.

Les sections 3, 4 et 5 du rapport retracent l'évolution des lois sur les SRL aux États-Unis, au Canada et ailleurs. Ce sont des groupes de membres de professions libérales, tels que des comptables et des avocats, qui ont traditionnellement exercé leur profession dans le cadre de sociétés en nom collectif, qui ont revendiqué l'adoption de lois sur les SRL. Les associés sont devenus de plus en plus inquiets au sujet de leurs risques face à des clients et des tiers, ainsi que de leur capacité d'assurer leurs risques professionnels. Ils se demandent en effet pourquoi un associé qui n'est pas partie à un acte de négligence devrait continuer à être personnellement responsable de la négligence d'un autre. L'Alberta, l'Ontario, la Saskatchewan et la plupart sinon la totalité des États américains ont adopté une loi sur les SRL pour répondre à ces préoccupations.

À la section 6, nous discutons de l'opportunité pour le Nouveau-Brunswick d'adopter une loi sur les SRL. Celle-ci est-elle requise au Nouveau-Brunswick? Une loi sur les SRL modifierait la répartition du risque entre les associés et les personnes qui traitent avec la société en nom collectif. À tout le moins, le plaignant ne pourrait plus viser l'actif personnel de l'associé non négligent, mais uniquement celui de l'associé négligent, ainsi que l'actif de la société. Ce changement dans la répartition du risque s'impose-t-il dans le contexte actuel?

À la section 7, nous présentons les principales questions de principe qui doivent être réglées avant l'adoption de toute loi sur les SRL au Nouveau-Brunswick. Elles incluent des questions fondamentales et d'autres qui sont de nature accessoire. L'idée consiste à discuter de questions de principe importantes liées à la création, au fonctionnement et à l'enregistrement des SRL et de solliciter des commentaires à ce sujet.

La section 7.1 porte sur la question suivante : le Nouveau-Brunswick devrait-il limiter les SRL à certains types d'activités ou de professions ou devrait-il plutôt envisager des SRL pour n'importe quelle sorte d'activité commerciale?

Aux sections 7.2 à 7.5, nous examinons le type de protection qui devrait être prévu pour un associé dans une SRL. Quelles seront les caractéristiques de cette protection par rapport aux actions d'un autre associé? Cette protection s'appliquera-t-elle uniquement à la négligence d'un autre associé ou sera-t-elle plus générale? Existera-t-elle aussi à l'égard des actions d'un employé? La responsabilité personnelle d'un associé à l'égard de la négligence d'un employé devrait-elle dépendre de l'exercice de fonctions de surveillance par l'associé à l'égard de l'employé? Ce rapport de surveillance devrait-il suffire à rendre l'associé responsable dans tous les cas, même s'il a exercé ses fonctions de surveillance de manière compétente?

Nous examinons également dans ces sections si le Nouveau-Brunswick devrait envisager le modèle à protection partielle ou à protection complète. Laquelle des deux approches serait préférable pour le Nouveau-Brunswick? Dans le deuxième modèle, l'associé n'est normalement pas responsable des dettes et obligations de la SRL. Dans les deux modèles, l'associé négligent continue à être tenu personnellement responsable de sa propre négligence. Dans les deux modèles également, l'actif de la société peut être utilisé pour satisfaire à une dette ou à une obligation de la société. Faut-il prévoir des dispositions pour limiter la répartition des biens de la société entre les partenaires et, dans l'affirmative, faut-il prévoir des exceptions?

Les sections 7.6 à 7.8 portent sur le point capital qu'est l'opportunité d'exiger que les SRL aient une assurance pour faire contrepoids à l'autorisation donnée à certains groupes professionnels de fonctionner comme SRL. L'assurance apparaît comme une compensation puisque le plaignant ne sera plus en mesure de viser l'actif personnel de l'associé non négligent. Si l'assurance est obligatoire, à quel groupe professionnel cette exigence s'appliquera-t-elle? Quelles seront les caractéristiques particulières de l'assurance obligatoire? Celle-ci sera-t-elle identique pour tous les types de SRL professionnelles? Qui prendra cette décision?

Les sections 7.9 à 7.13 portent sur les questions liées à l'enregistrement. Comment les SRL seront-elles créées au Nouveau-Brunswick et comment les SRL extraprovinciales fonctionneront-elles au Nouveau-Brunswick? Dans quelles circonstances les associés ne bénéficieraient-ils pas de la protection? Qu'arrive-t-il si une SRL ne se conforme pas aux exigences d'enregistrement? L'application au Nouveau-Brunswick de la protection dont bénéficie une SRL extraprovinciale sera-t-elle identique à celle d'une SRL néo-brunswickoise? Comment une société en nom collectif existante deviendra-t-elle une SRL et devra-t-elle en informer ses clients? Quel système sera mis en place pour faire connaître la composition d'une SRL exerçant ses activités au Nouveau-Brunswick? Sera-t-il obligatoire d'inclure la désignation « SRL » dans la raison sociale d'une société à responsabilité limitée qui mène ses activités au Nouveau-Brunswick?

À la section 7.14, les lecteurs sont invités à signaler d'autres aspects qui devraient être examinés dans ce contexte.

Nous voulons, dans le présent rapport, aborder les principales questions de principe d'intérêt public ayant trait aux SRL. Il est important de recueillir les vues du public sur ces points et des points connexes afin de présenter des recommandations en matière de politique au gouvernement. Vous pouvez obtenir des exemplaires supplémentaires du rapport sur demande ainsi qu'au site www.snb.ca

Nous invitons les intéressés à faire part de leurs commentaires au plus tard le 30 juin 2002. Ceux-ci peuvent être envoyés à l'adresse suivante :

Services Nouveau-Brunswick
Direction des affaires corporatives
C.P. 1998
Fredericton (Nouveau-Brunswick) E3B 5G4

À l'attention de M. Charles S. McAllister

Téléphone : (506) 453-3860

Télécopieur : (506) 453-2613

Vous pouvez faire part de vos vues sur ce document de consultation de l'une des deux manières suivantes :

1. Renvoyer le rapport avec des commentaires

   Le rapport a été rédigé pour vous permettre d'indiquer vos observations directement dans le texte.

   Veuillez fournir vos coordonnées afin que nous puissions éventuellement communiquer avec vous pour obtenir des renseignements supplémentaires.

   Nom _____

   Organisation _____

   Adresse _____

   _____

   _____

   Téléphone _____

   Courriel _____

2. Renvoyer le formulaire concis de réponse au sondage en incluant des commentaires additionnels.

Vous pouvez télécharger le formulaire concis de réponse au sondage au site www.snb.ca

Le formulaire peut être imprimé et rempli. Vous pouvez aussi le remplir directement en ligne.

1. Introduction

Ce document de consultation a été produit par la Direction des affaires corporatives de Services Nouveau-Brunswick pour faciliter la discussion avec les intéressés et le public au sujet des sociétés à responsabilité limitée (SRL). Il porte sur les deux questions fondamentales suivantes :

1. Le Nouveau-Brunswick devrait-il adopter une loi sur les SRL?
2. Si une loi est adoptée, quelles dispositions devrait-elle renfermer pour régir la création et le fonctionnement des SRL au Nouveau-Brunswick?

2. Qu'est-ce qu'une société à responsabilité limitée?

Le Nouveau-Brunswick a une loi sur les sociétés en nom collectif. La *Loi sur les sociétés en nom collectif* renferme des dispositions sur la nature d'une société en nom collectif, sur la relation qui existe, du point de vue juridique, entre les associés ainsi qu'entre les associés et des tiers, ainsi que sur la dissolution de la société. Elle ressemble beaucoup à celle des autres gouvernements du Canada. Une société en nom collectif n'est pas une personne morale distincte des associés. Outre l'actif de la société qui peut être utilisé pour régler les dettes et satisfaire aux obligations de la société, chaque associé est responsable, dans la pleine mesure de son actif personnel, des dettes et obligations de la société en nom collectif, ainsi que le prévoit la *Loi sur les sociétés en nom collectif* [1].

La grande différence entre une SRL et une société en nom collectif est que, dans une action pour négligence ou pour acte fautif d'un associé, le plaignant peut faire exécuter le jugement uniquement contre l'actif de la société en nom collectif et l'actif personnel de l'associé négligent[2]. L'actif personnel des associés non négligents ne peut pas être utilisé en règlement du jugement. Les lois sur les SRL renfermant cette caractéristique sont dites « à protection partielle ». Elles traitent également de la responsabilité personnelle d'un associé pour les actes d'un employé de la société en nom collectif.

Certaines administrations ont en outre élargi la « protection » pour éviter que l'actif personnel des associés puisse être utilisé pour acquitter les dettes et obligations commerciales de la société en nom collectif. L'actif de la société peut toujours être utilisé pour régler un jugement contre la société. Ce type de loi sur les SRL est dit « à protection complète ».

3. Initiatives américaines

En 1995, le Texas a été le premier gouvernement en Amérique du Nord à adopter une loi sur les SRL. En 2001, la plupart sinon la totalité des États américains avaient adopté une loi sur les SRL, et au moins la moitié avaient adopté une loi « à protection complète ». Ce sont les membres de professions libérales (comptables et avocats) et leurs associations respectives qui ont exercé des pressions en vue de l'adoption de lois en ce sens. Les comptables en particulier se sont inquiétés de leur responsabilité éventuelle à l'égard de tiers, d'une crise apparente en matière d'assurance pour risques professionnels et de leur incapacité (à certains endroits) d'exercer leur profession dans une corporation (par opposition à une société en nom collectif). Les SRL sont un moyen de réduire ces inquiétudes.

Nous croyons comprendre que tous les grands cabinets de comptables et beaucoup de cabinets d'avocats des États-Unis sont maintenant des SRL.

4. Initiatives canadiennes

Par suite de l'affairement entourant l'adoption de lois aux États-Unis, des groupes d'intervenants au Canada ont commencé à s'intéresser aux avantages éventuels d'une loi sur les SRL. Nous présentons dans cette section les principales initiatives canadiennes entreprises jusqu'à maintenant dans ce domaine.

4.1 Comité sénatorial permanent des banques et du commerce

En mars 1998, le Comité sénatorial a publié un rapport intitulé *Responsabilité solidaire et professions libérales,* dans lequel il a notamment exhorté « les gouvernements provinciaux et territoriaux à prendre les mesures nécessaires pour permettre que se constituent en personne morale ou en société à responsabilité limitée les professionnels qui souhaitent se doter de telles structures »[3].

Le Comité s'est largement concentré sur la responsabilité du vérificateur. Les comptables ont soutenu devant le Comité que les vérificateurs étaient confrontés à une crise en matière de responsabilité, en raison surtout de l'application de la règle de la responsabilité solidaire et conjointe (en tant que codéfendeurs dans une poursuite). En plus de répondre à ces préoccupations dans ses recommandations, le Comité a déclaré ce qui suit :

> *Au Canada, les membres de professions libérales, comme les avocats et les comptables, travaillent habituellement dans le cadre d'une société de personnes. Ainsi, ils sont doublement responsables, en tant que codéfendeurs et qu'associés. Dans une telle société, les membres sont solidairement responsables, de sorte que les biens du cabinet et ceux de chacun des associés sont vulnérables. Chaque associé est solidairement responsable avec les autres dans le cas d'une action pour négligence contre l'un d'eux. Les biens personnels d'un associé peuvent être utilisés en règlement d'un jugement rendu contre le cabinet, même si l'associé en question n'est aucunement responsable du préjudice. […]*

Bon nombre de pays ont jugé qu'il était approprié que les cabinets professionnels limitent leur responsabilité. Aux États-Unis, par exemple, les corporations professionnelles et les sociétés à responsabilité limitée sont de plus en plus répandues, et la plupart des États ont adopté des lois permettant aux professions libérales de se doter de telles structures. [...]

La formule la plus en faveur pour limiter la responsabilité est la société à responsabilité limitée (SARL). La SARL permet à l'entreprise de conserver sa structure tout en protégeant les biens personnels des associés qui ne sont pas visés par une action pour négligence. La société est responsable des actes commis par les associés dans le cadre normal de ses activités, mais les membres eux-mêmes – tout en demeurant responsables de leurs propres actes, ainsi que des actes dont ils ont une connaissance directe ou qui ont été commis par des personnes sous leur responsabilité – ne sont pas responsables des actes de leurs collègues.

Bien qu'il n'appartienne pas au Parlement de limiter la responsabilité entre associés, le Comité est d'avis qu'il s'agit d'une question qui mérite d'être mentionnée dans ce rapport. Le Comité a profité du témoignage de Mme Alison Manzer, qui a comparu devant lui en octobre 1996, avec la délégation de l'Association du Barreau canadien. Voici comment elle décrit l'évolution de la responsabilité entre associés :

> *Les professions libérales traditionnelles dans les domaines du droit, de la médecine et de la comptabilité ont toujours relié les soins et la responsabilité de façon beaucoup plus étroite que les autres fournisseurs de services. En conséquence, ceux qui exercent ces professions risquent beaucoup plus de se voir imputer la responsabilité de leurs actes ou avis professionnels que les gens d'affaires en général. Ce lien étroit reposait sur la notion de clientèle et sur l'importance des services offerts à une clientèle qui avait souvent besoin d'une protection spéciale.*
>
> *La responsabilité solidaire des membres de cabinets professionnels est apparue à une époque où les professionnels étaient seulement responsables devant leurs clients. La responsabilité professionnelle a évolué avec l'imposition de la responsabilité civile, l'élimination de l'interdiction faite au demandeur de poursuivre dans les cas de négligence de la victime et l'élargissement de la responsabilité envers les personnes autres que les clients. Les professionnels peuvent maintenant se voir imputer une responsabilité par des sources diverses, y compris par des tiers qui, sciemment ou non, s'appuient sur les travaux des professionnels. En outre, les montants adjugés ont considérablement augmenté.*
>
> *La question est de savoir si la responsabilité de cette nature, fondée sur un lien unique en son genre avec un professionnel expert, reste valable. La plupart des groupes professionnels aujourd'hui reconnus comme spécialisés ne sont pas exposés aux questions de responsabilité auxquelles font face les professions libérales traditionnelles. Leurs membres sont souvent autorisés à exercer au sein d'une organisation constituée en personne morale ou à responsabilité limitée ce qui limite ainsi la*

> *responsabilité personnelle aux actes professionnels de chaque membre. Ces personnes ne risquent pas de devoir assumer la responsabilité des actes de leurs associés.*[4]

Le Comité a conclu que les membres de professions libérales devraient pouvoir exercer leur profession dans le cadre de SRL, et il a exhorté les gouvernements provinciaux et territoriaux à adopter des lois en ce sens. Voici ce qu'il a déclaré :

> *Le Comité se demande s'il existe encore de bonnes raisons d'exiger que les professions libérales continuent d'exercer dans le cadre d'une structure traditionnelle. Pourquoi les associés hors de cause seraient-ils personnellement exposés à des poursuites résultant d'actes négligents de la part de leurs associés? Pourquoi les professions traditionnelles comme le droit, la comptabilité et la médecine continueraient-elles d'être soumises à la responsabilité personnelle pour des actes négligents de leurs associés, alors que d'autres professions peuvent limiter cette responsabilité en se constituant en personne morale ou en formant une société à responsabilité limitée? Pour se protéger contre la possibilité de perdre leurs biens personnels par suite d'un jugement contre leur cabinet ou contre un associé négligent, les professionnels vont souvent prendre des mesures pour limiter leur responsabilité personnelle en se mettant à l'abri de tout jugement. Pourquoi des professionnels seraient-ils obligés de prendre de telles mesures pour protéger leurs biens personnels?*
>
> *L'ICCA s'est montré très intéressé par la société à responsabilité limitée comme moyen de protéger les biens personnels des associés qui ne sont pas visés par une réclamation devant la cour. Il a notamment précisé ceci :*
>
> > *[La seule chose] qui aidera quelque peu dans la question de la responsabilité solidaire, c'est que les avocats de la partie plaignante menacent de s'en prendre aux biens personnels d'un [associé] pour négocier un règlement à l'amiable. [...] Des avocats représentant les parties plaignantes ont [effectivement] menacé de tout prendre, y compris les biens personnels [de l'associé].*
>
> *Le Comité est d'avis que les professionnels qui souhaitent limiter leur responsabilité personnelle devraient pouvoir se doter de structures comme la société à responsabilité limitée. Il tient à souligner qu'à l'intérieur de ces structures, les professionnels devraient demeurer responsables de leurs propres actes, ainsi que des actes dont ils ont directement connaissance ou qui ont été commis par des personnes sous leur responsabilité.*[5]

4.2 Ontario, Alberta et Saskatchewan

L'Ontario a été la première province à adopter, en 1998, une loi sur les SRL. L'Alberta et la Saskatchewan ont emboîté le pas en 1999 et en 2001 respectivement.

4.3 Alberta Law Reform Institute

En avril 1999, l'Alberta Law Reform Institute a publié un rapport final sur les sociétés à responsabilité limitée, qui a été précédé d'un document de fond (mars 1998) ainsi que d'un rapport sommaire (décembre 1998).

Le rapport final est probablement le principal document de consultation canadien sur la question des sociétés à responsabilité limitée. Il constitue une ressource précieuse pour comprendre les SRL, de même que les questions de principe et les possibilités d'action à examiner. On peut le consulter sur Internet[6].

4.4 Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada

La Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada a pour vocation d'harmoniser les textes législatifs canadiens lorsqu'il est souhaitable de le faire. Elle élabore des lois uniformes ou des lois types dont elle recommande l'adoption.

En août 1999, la Conférence a produit une loi type sur les SRL. Cela ne signifie pas que la Conférence a « adopté » toutes les dispositions de la loi type mais plutôt qu'elle a proposé celle-ci comme modèle à suivre. On peut consulter la loi type et le document de discussion sur Internet[7].

5. Initiatives d'autres gouvernements

D'autres gouvernements auraient envisagé d'adopter des lois sur les SRL. Nous n'avons toutefois pas entrepris de comparer ces initiatives.

En 2000, la Grande-Bretagne a adopté une loi qui porte sur la SRL en tant que personne morale distincte de ses associés. Cela est très différent des initiatives canadiennes et américaines, qui sont basées sur le principe voulant que la SRL ne soit qu'une variante d'une société en nom collectif et qu'elle n'est par conséquent pas une personne morale distincte. Pour cette raison, la loi britannique porte sur des questions de principe qui découlent de l'approche adoptée, notamment la cessation de l'ancienne société en nom collectif, le transfert de l'actif à la SRL et des questions de comptabilité et de fiscalité.

Aux sections 6 et 7 du rapport, nous discutons des questions de principe intéressant les SRL dans le contexte de l'environnement législatif du Canada et des États-Unis.

6. Le Nouveau-Brunswick devrait-il adopter une loi sur les SRL?

Pour certains groupes d'intéressés, notamment les avocats et les comptables, la possibilité d'exercer leur profession dans le contexte d'une SRL présente des avantages réels ou apparents. Cela est lié aux raisons historiques à l'origine de la création des SRL, notamment une inquiétude au sujet du risque assumé à l'égard des clients et de tiers,

l'accroissement des montants prévus dans les jugements, l'imposition de la responsabilité solidaire et conjointe aux codéfendeurs et une crise apparente en ce qui concerne l'assurance-responsabilité professionnelle. À l'heure actuelle, certains risques ne seraient pas assurables, ou alors entraîneraient des coûts prohibitifs. L'adoption d'une loi sur les SRL n'éliminera pas tous les problèmes. Néanmoins, le Comité sénatorial estimait qu'une loi en ce sens pouvait être un moyen de calmer ces inquiétudes.

Une loi sur les SRL aurait pour effet de modifier la répartition du risque par rapport au statu quo. Dans un modèle de SRL à protection partielle, le plaignant ne pourra plus viser l'actif personnel de l'associé non négligent et devra se limiter à l'actif de la société en nom collectif et à l'actif personnel de l'associé négligent. On peut se demander si l'actif d'une société en nom collectif sera suffisant pour régler le jugement. Qu'arrive-t-il si le montant n'est pas absorbé par une police d'assurance que l'entreprise a ou est tenue d'avoir ou si ce montant dépasse celui de l'assurance? Dans un modèle de SRL à protection complète, la protection accordée aux associés est élargie de sorte que l'actif personnel de l'associé ne peut pas être utilisé pour régler les dettes ou satisfaire aux obligations de la société en nom collectif.

On peut en conclure que, si la SRL procure des avantages aux membres de professions libérales, il doit y avoir un désavantage correspondant pour les clients des SRL. Il ne fait aucun doute que la répartition du risque entre les parties est modifiée. Mais outre l'effet sur les cas individuels, on peut fort bien débattre de l'impact macroéconomique véritable de l'existence ou de l'absence d'une loi sur les SRL. La situation juridique actuelle nuit-elle à la prestation efficace et efficiente de services professionnels au milieu des affaires et au public? L'adoption d'une loi sur les SRL améliorera-t-elle la situation au point de procurer un avantage non seulement aux membres de professions libérales mais aussi au public?

Nous ne sommes au courant d'aucune étude empirique pertinente analysant l'impact sur la répartition du risque des SRL ou les conséquences économiques d'une loi sur les SRL. Par exemple, les plaignants sont-ils tous véritablement désavantagés ou seulement ceux qui obtiennent un jugement prévoyant un montant considérable, du fait qu'ils n'ont pas accès à l'actif personnel de l'associé non négligent? Les plaignants qui obtiennent un jugement prévoyant un montant élevé sont-ils toujours « avertis » dans leur connaissance du risque et leur capacité d'absorber eux-mêmes des pertes financières? La diminution du risque personnel auquel un associé est exposé influera-t-elle sur la structure des honoraires professionnels?

Dans tout modèle de SRL, le plaignant, dans une cause contre un associé négligent, n'est pas plus mal placé que si l'associé était en pratique privée, une entreprise à propriétaire unique ou constitué en personne morale. De même, les créanciers commerciaux ordinaires de la SRL ne sont pas plus mal placés que s'ils traitaient avec une corporation. Au Nouveau-Brunswick, de nombreux spécialistes peuvent pratiquer au sein d'une corporation pour ainsi profiter de la responsabilité limitée de celle-ci. Mais beaucoup de spécialistes continuent à exercer leur profession dans le cadre d'une société en nom collectif à cause des autres avantages qu'ils en retirent (p. ex. structure de gestion, structure fiscale). Nombre d'administrations ont imposé des exigences d'assurance aux SRL qui exercent une profession libérale afin de faire contrepoids aux inquiétudes relatives à la répartition du risque.

Les défenseurs de la SRL soulèvent ce qu'ils estiment être une question fondamentale d'équité. Comme on le signale dans le rapport de l'Alberta Law Reform Institute :

> *[Traduction] D'aucuns soutiennent qu'il est injuste et contraire à l'intérêt public que les membres de professions libérales soient obligés d'exercer leur profession au sein d'entreprises dans lesquelles l'actif personnel de chaque propriétaire peut être utilisé pour toutes les réclamations contre l'entreprise. Il est tout à fait injuste et improductif, fait-on valoir, que l'actif personnel d'un membre d'une entreprise professionnelle puisse être utilisé dans le cas de demandes de paiement pour faute professionnelle résultant d'une affectation à laquelle un individu n'a pas participé personnellement. Selon cet argument, les membres de professions libérales devraient pouvoir exercer leur profession au sein d'entreprises dont les membres sont protégés contre la responsabilité personnelle d'autres membres, employés ou représentants de l'entreprise. Seuls les membres de l'entreprise qui sont personnellement impliqués dans des actes fautifs ou des omissions devraient assumer une part de la responsabilité pour faute professionnelle de l'entreprise* [8].

Outre les avantages directs que cela peut procurer à certains intéressés et le changement dans la répartition du risque que cela entraîne, il est difficile de prévoir avec certitude l'impact économique de l'existence ou de l'absence d'une loi sur les SRL au Nouveau-Brunswick. Faut-il suivre la tendance en faveur des SRL? Est-ce que cela créera un meilleur climat d'affaires pour le Nouveau-Brunswick? Est-ce que cela incitera des entreprises à créer des SRL au Nouveau-Brunswick plutôt que dans leur territoire d'origine?

À l'heure actuelle, l'Alberta, l'Ontario et la Saskatchewan sont les seules provinces qui ont adopté une loi sur les SRL. Il est possible que d'autres provinces leur emboîtent le pas, mais c'est pure conjecture que d'essayer de deviner quand cela pourrait se faire.

Pour l'instant, nous voulons recueillir des vues sur l'opportunité pour le Nouveau-Brunswick d'adopter une loi sur les SRL. Certains intéressés pourraient vouloir lire tout le rapport avant de faire des commentaires dans cette section.

1. Le Nouveau-Brunswick devrait-il adopter une loi sur les SRL?

☐ Oui ☐ Non

Pourquoi?

Aimeriez-vous apporter des nuances à votre réponse ou faire d'autres commentaires?

2. Si le Nouveau-Brunswick décide d'adopter une loi sur les SRL, quelle priorité devrait-il accorder à cette mesure?

☐ Élevée ☐ Moyenne ☐ Faible

Pourquoi?

7. Principales questions de principe

7.1 Qui peut constituer une SRL?

Certains groupes de spécialistes, notamment les comptables et les avocats, ont été à l'origine du mouvement en faveur de la création de SRL. Initialement, les lois américaines limitaient les SRL aux professions autonomes. En Ontario, en Alberta et en Saskatchewan, seuls quelques groupes professionnels traditionnels (p. ex. comptables, médecins, avocats) peuvent créer des SRL. Ces provinces ajouteront sans doute d'autres groupes professionnels au fur et à mesure que ceux-ci prouveront la nécessité de bénéficier de la protection accordée par une SRL.

Par contre, la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada et l'Alberta Law Reform Institute n'ont vu aucune raison impérieuse de limiter la création de SRL à certains types d'activités ou de professions. La SRL qui se livre à des activités commerciales suscite certes moins de questions stratégiques publiques que celle qui est axée sur l'exercice d'une profession libérale. Aux États-Unis, la plupart des États permettent aux SRL d'exercer n'importe quelle activité commerciale.

3. Les dispositions législatives devraient-elles limiter la création de SRL à certaines activités et professions?

☐ Oui ☐ Non

Pourquoi?

Dans l'affirmative, à quelles activités et professions les SRL devraient-elles être limitées?

Pourquoi?

Si l'on détermine que les membres de professions libérales peuvent exercer leur profession dans le cadre d'une SRL, il pourrait y avoir des divergences d'opinions quant à savoir si les statuts des professions libérales en question autorisent cette structure. La loi de l'Ontario précise qu'une SRL ne peut exercer une profession à moins que le statut régissant la profession ne l'autorise expressément. Il a donc fallu apporter des modifications complémentaires aux statuts des associations professionnelles concernées. En Alberta et en Saskatchewan, on a choisi d'indiquer les professions admissibles et de dire qu'elles pouvaient fonctionner en tant que SRL sauf si l'organe directeur adoptait un règlement interdisant à ses membres d'exercer leur profession en tant que SRL. Ces deux démarches présentent des avantages et des désavantages.

4. Préconisez-vous une approche législative plutôt qu'une autre?

☐ Oui ☐ Non

Dans l'affirmative, laquelle et pourquoi?

Si vous voulez suggérer une autre approche, veuillez préciser.

5. Les membres de différentes professions libérales, comme les comptables et les avocats, ont tendance à se regrouper dans des entreprises multidisciplinaires afin d'assurer des services à la clientèle. Y a-t-il des aspects touchant les SRL multidisciplinaires dont il faudrait traiter dans une loi sur les SRL?

☐ Oui ☐ Non

Pourquoi?

7.2 Responsabilité d'un associé pour les actes d'un autre

Dans une société en nom collectif, l'actif personnel d'un associé peut être utilisé pour régler un jugement contre la société. Dans une SRL, l'actif personnel d'un associé ne peut pas être utilisé à cette fin lorsque le jugement porte sur la négligence d'un autre associé. Dans les deux cas, l'actif de la société en nom collectif et l'actif personnel de l'associé négligent peuvent servir à payer la somme due en vertu du jugement.

Au Nouveau-Brunswick, en plus de pouvoir exercer leur profession en tant que propriétaire unique d'une entreprise ou au sein d'une société en nom collectif, de nombreux membres de professions libérales peuvent le faire au sein d'entreprises constituées en personne morale (p. ex. comptables agréés, médecins, avocats). Les statuts régissant ces professions traitent de la responsabilité des membres qui exercent leur profession dans le cadre d'une telle entreprise[9]. Le membre négligent qui exerce sa profession dans le cadre d'une entreprise de ce genre sera à tout le moins personnellement responsable. Dans la plupart des cas, le membre non négligent de la société ne sera pas tenu personnellement responsable.

La SRL est le fruit d'une initiative visant à éliminer la responsabilité de l'associé innocent pour les actes de négligence et omissions d'un autre associé. La loi ontarienne traduit cette orientation en créant une « protection » contre la responsabilité pour les actes de négligence ou omissions d'un autre associé.

La tendance, aux États-Unis, est à l'élargissement de cette protection pour englober également les actes de faute professionnelle ou de manquement professionnel d'un autre associé. Elle peut s'être manifestée parce qu'on craignait que le critère de la négligence n'entraîne des différends et des litiges quant au caractère négligent ou non des actes d'un associé. Un demandeur pourrait faire valoir que les actes d'un associé constituaient une « faute professionnelle » ou un « manquement professionnel » plutôt qu'une négligence, de façon à pouvoir rendre les autres associés responsables également.

En Alberta, on a adopté l'approche large et exclu la responsabilité pour « négligence, acte fautif ou omission, faute professionnelle ou manquement professionnel ». Cette protection fait qu'un associé ne peut pas être tenu responsable du vol, des actes frauduleux, du détournement de fonds en fiducie, de la faute professionnelle ou d'un autre manquement professionnel d'un autre associé. Dans tous les cas, l'actif de la société et l'actif personnel de l'associé coupable peuvent être utilisés pour payer la somme due en vertu d'un jugement.

6. Sur quoi la non-responsabilité d'un associé pour les actes d'un autre associé devrait-elle être basée?

☐ L'acte de négligence ou l'omission d'un autre associé (approche de l'Ontario)

☐ La négligence, l'acte fautif, la faute professionnelle ou le manquement professionnel d'un autre associé (approche de l'Alberta)

Pourquoi?

Si vous voulez suggérer une autre approche, veuillez préciser.

7.3 Responsabilité d'un associé pour les actes d'un employé

Une société en nom collectif est responsable des actes et omissions de ses employés et représentants (ci-après désignés « employés ») qui se produisent dans le cours normal de ses activités d'affaires. Cela ressemble à la responsabilité qu'assume la corporation à l'égard de ses employés et représentants. Dans l'un et l'autre cas, l'actif de la société en nom collectif ou de la corporation peut être utilisé pour payer la somme due en vertu d'un jugement rendu contre la société ou corporation.

Dans une société en nom collectif, l'actif personnel d'un associé peut-être utilisé pour payer une somme due en vertu d'un jugement rendu contre la société pour les actes et omissions de ses employés. Ce risque n'existe pas pour l'« associé » dans une corporation.

Il semble que la plupart des lois américaines sur les SRL accordent à l'associé une protection à l'égard des actes ou omissions des employés sauf lorsqu'il existe une relation de surveillance directe. Autrement dit, l'associé continue à être personnellement responsable des employés qu'il surveille directement. L'Ontario et l'Alberta ont adopté cette approche générale.

La création d'une protection pour un associé à l'égard des actes ou omissions des employés semble être un prolongement logique de la responsabilité qu'un associé doit assumer pour les actes ou omissions d'un autre associé. Un associé devrait-il être responsable de la négligence d'un employé avec lequel il n'a peut-être aucun rapport? Pourquoi l'actif personnel de l'associé devrait-il être utilisé alors que ce risque n'existerait pas dans une corporation?

Ces arguments semblent avoir poussé la plupart des administrations à accorder aux associés, à l'égard des actes et omissions d'un employé, une protection semblable à celle qui est accordée pour les actes et omissions d'un autre associé. Mais la plupart ont prévu une exception à cette protection pour les employés placés sous la surveillance directe d'un associé.

On peut certes débattre du bien-fondé d'une structure dans laquelle les associés sont responsables des personnes placées sous leur surveillance directe. L'Alberta Law Reform Institute a discuté de cette question dans son rapport :

> *[Traduction] La responsabilité des surveillants constitue une question plus intéressante. Comme nous l'avons déjà mentionné dans ce chapitre, les lois sur les SRL imposent fréquemment aux associés surveillants ce qui constitue en fait une responsabilité pour autrui. La loi de l'Ontario prévoit par exemple ce qui suit :*
>
> > *[La protection contre la responsabilité] n'a aucun effet sur la responsabilité d'un associé d'une société à responsabilité limitée à l'égard de sa propre négligence ou de celle d'une personne placée sous sa surveillance directe ou sa direction.*
>
> *Comme les membres de professions libérales seront autorisés à exercer leur profession dans des sociétés à responsabilité limitée, nous n'estimons pas convenable ou utile de leur imposer une responsabilité pour autrui simplement du fait qu'ils surveillent la personne déclarée coupable de négligence, d'acte fautif ou d'omission. Nous croyons même qu'il peut être improductif de le faire.*

Nous éprouvons toujours, au sujet de l'imposition d'une responsabilité pour autrui aux associés surveillants, la préoccupation que nous avons exprimée dans le document de fond :

> *... Si les surveillants doivent être personnellement responsables des torts de leurs subordonnés, qui voudra être un surveillant? Il pourrait jusqu'à un certain point y avoir divergence d'intérêts entre l'entreprise, en tant que collectif, et ses membres. L'entreprise, en tant que collectif, pourrait avoir intérêt à exercer une surveillance adéquate. Mais il serait contraire à l'intérêt des membres de l'entreprise d'assumer ce genre de rôle.*
>
> *Les membres d'une SRL seraient plutôt encouragés à éviter les responsabilités de surveillance et à en savoir le moins possible sur les actes des autres membres de l'entreprise afin de minimiser le potentiel de culpabilité (et de responsabilité personnelle) par association...*

Nous croyons qu'il serait plus efficace d'imposer une responsabilité aux membres de sociétés à responsabilité limitée qui font preuve de négligence dans l'exercice de leurs fonctions de surveillance ou qui négligent de surveiller les personnes qui accomplissent en réalité le travail. C'est cette approche qui a été adoptée dans certains États américains[10].

En Ontario, après que la relation de surveillance a été établie, l'associé qui exerce des fonctions de surveillance est tenu responsable. En Alberta et dans la plupart des États américains, il faut en outre prouver que l'associé surveillant n'a pas assuré la surveillance adéquate et compétente normalement requise dans les circonstances.

7. L'associé d'une SRL devrait-il être protégé de façon à ne pas être normalement responsable des actes ou omissions des employés et des mandataires?

☐ Oui (approche de l'Alberta et de l'Ontario) ☐ Non

Pourquoi?

Autre approche suggérée ou commentaire

Dans la plupart des provinces/États qui accordent une protection permettant à un associé de ne pas être tenu responsable des actes ou omissions des employés et mandataires, une exception est prévue pour tenir l'associé responsable dans les cas où il surveille directement un employé ou un mandataire. Il existe au moins deux variantes de cette situation.

Pour quelle raison l'associé surveillant devrait-il être tenu responsable des actes et omissions des employés et des mandataires?

☐ Simplement du fait qu'il a surveillé l'employé ou le mandataire (approche adoptée par l'Ontario)

☐ Du fait qu'il a surveillé l'employé ou le mandataire et qu'il n'a pas assuré la surveillance adéquate et compétente normalement attendue d'un partenaire dans ces circonstances (approche adoptée en l'Alberta)

Pourquoi?

Autre approche suggérée ou autre commentaire

Dans l'un ou l'autre cas, lorsque des dispositions législatives rendent un associé responsable des actes ou omissions d'un employé, la question se pose quant à la nature des actes ou omissions qui créent une responsabilité. Cela ressemble un peu à la question 6 et revient à déterminer s'il faut mettre l'accent sur les actes de négligence ou s'il faut envisager un plus vaste éventail d'actes qui incluent la négligence, la faute professionnelle ou le manquement professionnel (qui peut inclure des actes frauduleux, le vol et le détournement de fonds en fiducie).

8. Que devrait englober la responsabilité de l'associé surveillant?

☐ Les actes de négligence ou omissions de l'employé

☐ La négligence, l'acte fautif, la faute professionnelle ou le manquement professionnel de l'employé

Pourquoi?

Autre approche suggérée ou commentaire

7.4 Protection partielle ou complète contre la responsabilité

Le modèle à protection partielle est celui prévu par les lois sur les SRL qui protègent l'associé non négligent contre la responsabilité à l'égard d'un associé ou employé/représentant négligent, tout en le laissant responsable de toutes les autres sortes de dettes ou d'obligations de la société en nom collectif. Aux sections 7.2 et 7.3, nous avons discuté des caractéristiques des SRL bénéficiant d'une protection partielle. La protection s'applique essentiellement dans les cas de faute professionnelle, c'est-à-dire d'actes de négligence ou de « délits » commis par la société dans sa pratique.

Dans le modèle à protection complète, la protection englobe toutes les dettes et obligations de la société en nom collectif. La protection accordée ressemble à celle dont bénéficie l'actionnaire à l'égard des dettes et obligations de la corporation. Les créanciers ne pourraient chercher à s'emparer que de l'actif de la société en nom collectif et non de l'actif personnel des associés.

L'argument avancé en faveur du modèle de la SRL à protection complète est qu'il établit une ligne de démarcation plus claire et plus simple au sujet de l'application de la responsabilité limitée d'un associé. La SRL est ainsi mise sur un pied d'égalité avec la corporation pour ce qui est des caractéristiques de la responsabilité limitée.

Pour montrer comment cela établit une ligne de démarcation plus explicite, prenons l'exemple d'une réclamation contre une société en nom collectif qui peut, « quant aux faits », être basée soit sur la négligence, soit sur une rupture du contrat prévoyant la prestation de services professionnels. Si la réclamation est basée sur la rupture de contrat, tous les associés d'une SRL à protection partielle seront tenus responsables de la rupture, même s'ils n'ont joué aucun rôle dans celle-ci. Par contre, si la réclamation est basée sur un acte de négligence, les associés non négligents ne seraient pas tenus personnellement responsables de la négligence d'un autre associé. Dans un modèle à protection partielle, les associés ne peuvent jamais savoir avec certitude si la protection sera efficace dans tous les cas se rapportant à la prestation de services professionnels.

Pour ce qui est de mettre la SRL sur un pied d'égalité avec une corporation, les défenseurs soutiennent que le plaignant ou le créancier d'une SRL à protection complète n'est pas plus mal placé que lorsqu'il traite avec une corporation. De plus, dans bien des cas, les associés ont de toute façon obtenu l'avantage de la responsabilité limitée auprès de créanciers commerciaux. En effet, les sociétés en nom collectif créent souvent des corporations chargées de gérer leurs affaires administratives (p. ex. le loyer, les fournitures). Un rapport contractuel de créancier se fait peut-être avec cette corporation de gestion et non avec la société en nom collectif comme telle.

Dans l'un ou l'autre des modèles, la protection ne dégage pas l'associé négligent de sa responsabilité personnelle. Autrement dit, l'actif de la société en nom collectif et l'actif personnel de l'associé négligent pourront être utilisés pour payer la somme due en vertu d'un jugement rendu contre la société en nom collectif pour la négligence de l'associé. En ce qui concerne la négligence d'un employé, il faudrait examiner l'actif de la société et l'actif personnel de l'employé.

Aux États-Unis, la moitié des États ont opté pour la protection partielle, et l'autre moitié, pour la protection complète, la tendance récente favorisant plutôt celle-ci. Les provinces de l'Ontario et de l'Alberta ont quant à elles adopté des lois sur les SRL

prévoyant une protection partielle, tandis que l'Alberta Law Reform Institute a privilégié la protection complète. La loi type et la loi de la Saskatchewan sont toutes deux basées sur la protection complète.

9. Quelle approche le Nouveau-Brunswick devrait-il adopter en ce qui concerne une loi sur les SRL?

☐ Modèle à protection partielle ☐ Modèle à protection complète

Pourquoi?

Autres suggestions

Le modèle à protection complète assimile les associés à des actionnaires et tente de les placer au même niveau en ce qui concerne la responsabilité, c'est-à-dire une responsabilité limitée. Toutefois, les associés sont aussi des gestionnaires de la société en nom collectif, comme les administrateurs d'une corporation. Diverses lois du Nouveau-Brunswick, du Canada et d'autres paliers de compétence imposent des responsabilités aux administrateurs (p. ex. lois sur le Régime de pensions du Canada, sur l'assurance-emploi et en matière environnementale). On pourrait faire valoir que l'associé qui est un gestionnaire d'une société en nom collectif ne devrait pas assumer moins de responsabilité que l'administrateur d'une corporation. On peut se demander s'il est possible de faire des distinctions entre les associés afin d'attribuer à certains mais non à d'autres une responsabilité s'apparentant à celle d'un administrateur. Nous notons que la loi type et la loi de la Saskatchewan rendent tous les associés d'une SRL à protection complète responsables de toutes les obligations dont ils seraient responsables si la société était une corporation dont ils étaient les administrateurs.

10. Si le Nouveau-Brunswick adopte le modèle de la SRL à protection complète, les associés devraient-ils tous être responsables des obligations qu'il leur faudrait assumer si la société était une société par actions dont ils étaient les administrateurs?

☐ Oui ☐ Non

Pourquoi?

Autres suggestions

7.5 Répartition des biens de la société en nom collectif entre les associés

On peut se demander dans quelle mesure une SRL devrait pouvoir répartir ses biens entre ses associés. Les lois sur les corporations, y compris la *Loi sur les corporations commerciales* du Nouveau-Brunswick, limitent généralement la capacité d'une corporation de répartir ses biens entre ses actionnaires (propriétaires). Ainsi, la société ne peut pas verser de dividendes à ses actionnaires si elle est incapable de payer ses dettes. Ces restrictions ont été adoptées afin de protéger les créanciers et les employés de la corporation. Le critère utilisé fait ordinairement entrer en ligne de compte tant la liquidité que la solvabilité.

Sur le plan juridique, une société en nom collectif ne fonctionne pas tout à fait comme une corporation. En ce qui concerne la répartition des bénéfices aux associés et le rendement du capital investi, il existe des différences. Ainsi, les associés prélèvent souvent des sommes contre les biens de la société en nom collectif pour qu'un « salaire » leur soit payé. En général, les lois sur les sociétés en nom collectif n'interdisent pas et ne limitent pas les répartitions. Il y a toutefois une exception qui s'applique, au moment de la liquidation d'une société en nom collectif, à savoir que les dettes et les obligations de la société doivent être réglées avant qu'un associé ne puisse être rémunéré.

Toute répartition à l'égard d'un associé qui peut servir à favoriser ce dernier plutôt qu'un créancier général de la société tombe sous le coup des lois générales d'une administration au sujet des préférences et transferts frauduleux. Cela a historiquement été considéré comme un moyen d'accorder une protection satisfaisante à un créancier, étant donné que les associés sont personnellement responsables des dettes et des obligations de la société en nom collectif.

On pourrait faire valoir l'opportunité d'inclure dans une loi sur les SRL des restrictions semblables à celles qu'incluent les lois sur les corporations afin de protéger les demandeurs et les créanciers de la SRL. Cela susciterait plus d'inquiétude pour le modèle à protection complète, étant donné qu'un associé ne serait alors plus personnellement responsable des dettes et obligations de la société en nom collectif.

Les lois sur les SRL de l'Ontario, de l'Alberta et de la plupart des États américains ne renferment aucune disposition limitant les répartitions plus que dans le cas d'une société en nom collectif. Comme elles prévoient la protection complète, la loi type et la loi de la Saskatchewan renferment certaines restrictions au sujet des répartitions basées sur un critère de liquidité-solvabilité. Néanmoins, elles prévoient une exception pour permettre la rémunération raisonnable d'un associé pour services rendus. Cela ressemblerait à la situation de l'employé d'une corporation qui reçoit un salaire raisonnable même s'il peut aussi être l'actionnaire/propriétaire de la corporation. L'exception permet à la société de verser un « salaire » à un associé pour services rendus.

11. En ce qui concerne des dispositions visant à limiter la capacité d'une SRL de faire une répartition de ses biens entre ses associés, à quoi ces dispositions devraient-elles s'appliquer?

☐ À une SRL à protection complète

☐ À une SRL à protection partielle

☐ Aux deux types de SRL

☐ À aucun des deux types de SRL

Pourquoi?

Autres suggestions ou commentaires

S'il faut restreindre la capacité d'une SRL de faire une répartition de ses biens entre les associés, faudrait-il prévoir une exception pour permettre le versement à un associé d'une rémunération raisonnable pour services rendus?

☐ Oui (approche de la loi type et de la loi de la Saskatchewan) ☐ Non

Pourquoi?

Autres suggestions

7.6 Assurance obligatoire – Une exigence pour les membres de professions libérales?

La plupart sinon la totalité des provinces et des États américains qui ont adopté une loi sur les SRL ont obligé les membres de professions libérales à avoir une assurance. Cette obligation est considérée comme faisant contrepoids à la capacité des membres de professions libérales d'exercer leur profession dans le cadre d'une SRL. Cela atténue les craintes au sujet de changements dans la répartition du risque entre la société en nom collectif et ses clients, étant donné que le client n'aura plus accès à l'actif personnel des associés non négligents. De plus, les lois sur les SRL réduisent ordinairement la responsabilité de l'associé à l'égard des actes d'un employé.

La question de l'assurance obligatoire ne semble pas se poser pour les SRL se livrant à des activités commerciales générales. Cela pourrait être dû au fait que les « propriétaires » peuvent toujours constituer la corporation. À beaucoup d'endroits, les

membres de professions libérales ont historiquement été empêchés d'exercer leur profession dans le cadre d'une corporation ou ont dû composer avec des restrictions sur ce plan.

Parmi les préoccupations qui ont été exprimées, il faut mentionner la suivante : une loi sur les SRL compromettra-t-elle la qualité des services professionnels, étant donné que la protection réduit le risque auquel l'associé est exposé. Voici la conclusion que l'Alberta Law Reform Institute a tirée à ce sujet :

> *[Traduction] Il est possible que la responsabilité limitée en cas de faute professionnelle ait des répercussions négatives sur le souci de diligence des entreprises professionnelles, mais nous croyons que ces répercussions seraient minimes. Pour la grande majorité des affectations, nous ne croyons pas que la responsabilité limitée influerait sur le souci de faire preuve de diligence dans la prestation des services professionnels requis de la part des membres de l'entreprise*[11].

On peut se demander pourquoi les SRL qui pratiquent une profession libérale devraient être tenues d'avoir une assurance. Après tout, les citoyens auront toujours un droit d'action contre le praticien négligent, qu'il s'agisse d'un propriétaire unique, d'un associé ou encore d'un employé d'une société en nom collectif ou d'une corporation. De plus, l'actif de la corporation ou de la société en nom collectif pourrait être utilisé pour payer les sommes dues en vertu d'un jugement. On peut toutefois s'interroger sur l'actif réel d'une corporation ou d'une société en nom collectif qui exerce une profession pour payer ces sommes. On peut d'ailleurs poser cette question pour toutes les corporations et les sociétés en nom collectif qui exercent une activité commerciale.

L'assurance obligatoire peut toutefois être considérée comme un moyen de sauvegarde pour le demandeur dans un cas de négligence ou d'omission commise par un membre d'une SRL (associé, employé ou représentant). Une loi sur les SRL empêche en effet le demandeur de s'en prendre à l'actif personnel de l'associé non négligent. Cela peut dissuader la société de régler une réclamation. Cela peut également empêcher de recouvrer la somme à payer en vertu d'un jugement si l'actif de la société et l'actif personnel de l'associé négligent ne sont pas suffisants pour payer la somme en question.

Jusqu'à maintenant, les lois sur les SRL de l'Ontario, de l'Alberta et de la plupart sinon de la totalité des États américains exigent que, pour exercer une profession, une SRL ait une forme quelconque d'assurance obligatoire (ou imposent une exigence équivalente)[12]. Cette exigence équivalente peut consister en l'obligation de prévoir une forme quelconque de nantissement, de dépôt ou de capitalisation. Nous croyons comprendre que la plupart des administrations misent sur l'assurance obligatoire comme la solution la plus pratique pour satisfaire à toute préoccupation stratégique publique dans ce domaine. La loi de la Saskatchewan est flexible, laissant aux lois ou aux règlements régissant les professions admissibles déterminer si l'assurance est obligatoire ou non.

12. Les SRL ou les membres d'une SRL qui exercent une profession libérale devraient-ils être tenus d'avoir une assurance?

☐ Oui ☐ Non

Pourquoi? _____

_____

☐ Autres suggestions _____

_____

_____

Il convient de signaler que toute assurance obligatoire devra couvrir non seulement l'associé et ses propres actes ou omissions, mais aussi, compte tenu des possibilités d'action examinées à la section 7.3, les actes et omissions des employés et des représentants placés sous la surveillance directe de l'associé.

On peut se demander ce qui arrive dans une situation où une SRL est tenue d'avoir une assurance mais que, pour une raison quelconque, elle n'en a pas. Les lois sur les SRL que nous avons examinées ne traitent pas explicitement de ce point. Il semblerait logique d'affirmer que, si une SRL ne répond pas à l'exigence de l'assurance obligatoire, les associés ne devraient pas pouvoir se prévaloir de la protection accordée par la loi. Autrement dit, la SRL devrait être traitée comme une société en nom collectif ordinaire pour ce qui est des droits et obligations acquis pendant qu'elle n'avait pas d'assurance obligatoire.

13. Si une SRL est tenue d'avoir une assurance mais qu'elle n'en a pas, devrait-elle être considérée comme une société en nom collectif ordinaire pour ce qui est des droits et obligations acquis pendant qu'elle n'avait pas d'assurance en vigueur?

☐ Oui ☐ Non

Pourquoi? _____

_____

Autre suggestion ou commentaire _____

_____

_____

7.7 Assurance obligatoire – Quels groupes professionnels?

Si l'assurance semble être la solution à privilégier, quels groupes professionnels devraient être tenus d'en avoir une pour exercer leur profession dans le cadre d'une SRL? Quels jalons seront utilisés pour prendre cette décision? Même si certains groupes seront de toute évidence visés – comptables, médecins et avocats – nous n'avons pas vu de liste définitive basée sur une analyse comparative.

À l'heure actuelle, les comptables agréés et les avocats peuvent exercer leur profession en Ontario en tant que SRL. L'Alberta a adopté des dispositions pour permettre aux comptables généraux licenciés, aux comptables en management accrédités, aux comptables agréés, aux chiropraticiens, aux dentistes, aux médecins, aux avocats et aux optométristes de recourir à la SRL. En Saskatchewan, deux groupes professionnels, les avocats et les comptables agréés, permettent à leurs membres d'exercer leur profession par le biais d'une SRL.

Au Nouveau-Brunswick, beaucoup de groupes professionnels exigent que leurs membres soient assurés. Il se peut que les conditions de l'assurance ne soient pas parfaitement en accord avec les exigences éventuelles en matière d'assurance obligatoire imposées aux SRL qui exercent une profession libérale. Nous n'avons pas fourni de liste de professions qui exigent actuellement une assurance. Nous voulons cependant réunir des observations générales sur l'opportunité – compte tenu des caractéristiques particulières des SRL – d'exiger que certaines SRL exerçant une profession libérale soient assurées.

14. Si vous êtes en faveur de l'assurance obligatoire pour les SRL, veuillez indiquer quels membres de professions libérales devraient être tenus d'avoir une assurance pour exercer leur profession en tant que SRL.

☐ Comptables

☐ Chiropraticiens

☐ Dentistes

☐ Médecins

☐ Ingénieurs

☐ Avocats

☐ Optométristes

☐ Autres. Veuillez préciser. _____

Commentaires _____

_____

_____

_____

15. Quel jalon devrait-on utiliser pour déterminer quels membres de professions libérales devraient être tenus d'avoir une forme d'assurance pour être autorisés à exercer leur profession dans le cadre d'une SRL?

7.8 Assurance obligatoire – Détermination des exigences minimales

Si l'assurance obligatoire est imposée à certains groupes professionnels, il faudra déterminer les caractéristiques de cette assurance et les différences éventuelles entre groupes professionnels. Deuxièmement, et cette question est peut-être plus importante, qui prendra ces décisions?

L'Alberta Law Reform Institute a affirmé ce qui suit :

> *[Traduction] Il faut se demander qui serait chargé d'établir les exigences d'assurance obligatoire pour les membres de professions libérales qui veulent exercer leurs activités dans le cadre de sociétés à responsabilité limitée. On peut faire valoir que le gouvernement ou un organisme indépendant devrait fixer les niveaux de l'assurance obligatoire. [...] Cette approche pourrait être justifiée par le fait que, puisqu'elle confère le privilège de la pratique à responsabilité limitée, il est normal que l'assemblée législative ou du moins un organisme gouvernemental indépendant détermine dans quelles conditions ce privilège peut être exercé.*
>
> *Toutefois, dans le cas d'une profession libérale autonome, l'établissement des niveaux d'assurance obligatoire pour les sociétés à responsabilité limitée pourrait être apparenté à n'importe quelle autre fonction de réglementation que l'assemblée législative délègue à l'organisme directeur compétent. Une des principales raisons de déléguer la responsabilité de réglementer une profession ou une profession libérale à ses membres serait que ces derniers sont plus en mesure que des ministères ou un organisme indépendant de déterminer et de faire respecter les normes qui s'imposent. Dans le contexte actuel, les organes directeurs des professions libérales pertinentes seraient sans doute mieux placés pour réunir et évaluer les données permettant de déterminer les niveaux et les types d'assurance-responsabilité obligatoire. Cela inclurait des données sur le montant et la fréquence des réclamations, leurs relations éventuelles avec la taille de la société et la discipline, la disponibilité et le coût de l'assurance-responsabilité professionnelle, etc.*
>
> *Un autre facteur est que la détermination des exigences d'assurance minimale s'appliquant aux membres des professions libérales pertinentes est actuellement laissée aux organes directeurs concernés. [...] Nous en concluons donc que l'assemblée législative devrait déléguer aux organes du secteur concerné la tâche de fixer le niveau minimal des exigences d'assurance obligatoire pour les sociétés à responsabilité limitée exerçant une profession libérale*[13].

La décision de déléguer la détermination des exigences minimales en matière d'assurance à l'organe directeur d'une profession ouvre la voie à des divergences d'opinions au sujet de ces exigences minimales et d'autres aspects. De plus, les niveaux minimaux varieront sans doute selon les professions libérales, compte tenu des circonstances propres à chacune. Ces différences se produiront vraisemblablement indépendamment du groupe chargé de déterminer les exigences minimales. Ces questions ne sont pas non plus propres aux SRL, étant donné que beaucoup d'organismes professionnels exigent actuellement que leurs membres aient une assurance.

En Ontario et en Alberta, l'établissement du niveau minimal d'assurance obligatoire a été confié aux organismes directeurs concernés.

16. Qui devrait fixer le niveau minimal d'assurance obligatoire pour une profession donnée?

☐ La profession en question par l'entremise de son organe directeur

☐ Un autre groupe. Veuillez préciser et expliquer pourquoi.

_____

_____

_____

_____

7.9 Enregistrement des SRL du Nouveau-Brunswick

Pour établir un système de communication publique servant à distinguer les SRL des sociétés en nom collectif, il faut déterminer l'événement à l'origine de :

- la création d'une SRL
- la transformation d'une société en nom collectif en une société à responsabilité limitée
- la transformation d'une SRL en société en nom collectif non dotée des caractéristiques d'une SRL.

Nous avons examiné les moyens employés dans d'autres provinces ainsi que les moyens généraux utilisés aux États-Unis. Le Nouveau-Brunswick s'y conformerait s'il modifiait les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'enregistrement des sociétés en nom collectif et des appellations commerciales* et la *Loi sur les sociétés en nom collectif*. L'autre solution serait de créer une loi distincte régissant tous les aspects des SRL.

17. Si des dispositions relatives aux SRL sont adoptées au Nouveau-Brunswick, laquelle des démarches législatives suivantes préférez-vous?

☐ Démarche semblable à celle d'autres endroits et comportant la modification des lois pertinentes en vigueur

☐ Démarche comportant l'adoption d'une loi distincte

Pourquoi?

Dans le reste de cette section, nous discuterons de la manière dont les SRL s'intégreraient au système d'enregistrement permettant la communication publique d'éléments d'information clés au sujet des SRL et l'établissement de l'élément déclencheur de celles-ci. Pour faire avancer la discussion, il nous semble nécessaire de décrire un système d'enregistrement éventuel. Nous nous sommes permis de décrire une démarche qui ressemble de près à celle qui existe ailleurs. Autrement dit, il s'agirait pour le Nouveau-Brunswick de modifier sa *Loi sur l'enregistrement des sociétés en nom collectif et des appellations commerciales* et sa *Loi sur les sociétés en nom collectif.*

Une société en nom collectif pourrait acquérir les caractéristiques d'une SRL simplement en déposant une désignation en vue de devenir une SRL en vertu de la *Loi sur l'enregistrement des sociétés en nom collectif et des appellations commerciales.* On pourrait soit créer un nouveau formulaire en vertu de la Loi, soit ajouter un élément d'information au formulaire actuel créé en vertu de la Loi. La désignation n'entrerait en vigueur qu'à la date de « dépôt » de la désignation.

À l'heure actuelle, les sociétés en nom collectif doivent enregistrer leur raison sociale en vertu de la Loi si elles se livrent à une activité commerciale, d'exploitation minière ou de fabrication. Les activités commerciales sont celles qui sont liées à la vente de biens par opposition à la vente de services. Nous recommandons que toute société en nom collectif désireuse de devenir une SRL s'enregistre en conformité avec la *Loi sur l'enregistrement des sociétés en nom collectif et des appellations commerciales* et qu'elle dépose le cas échéant sa désignation en tant que SRL.

Il n'est pas recommandé d'énoncer les exigences de procédure interne auxquelles une société en nom collectif doit satisfaire pour devenir une SRL. Cela sera régi par la *Loi sur les sociétés en nom collectif* ainsi que par le contrat d'association entre les associés.

Après qu'une société en nom collectif est devenue une SRL, il se peut qu'elle veuille renoncer à sa désignation de SRL. Bien qu'il soit peut-être difficile de comprendre pourquoi une société voudrait agir ainsi, des dispositions seront incluses pour lui permettre de le faire. Encore une fois, il n'est pas recommandé d'énoncer les exigences de procédure interne auxquelles une société serait tenue de satisfaire pour renoncer à sa désignation.

Signalons que les dispositions de la Loi relatives au renouvellement, au changement d'associé de la société et à la modification de la raison sociale s'appliqueraient aux SRL comme à toute autre société en nom collectif.

18. Avez-vous des points à signaler en ce qui concerne les processus proposés pour l'enregistrement et la désignation des SRL?

☐ Oui ☐ Non

Dans l'affirmative, veuillez préciser.

Un aspect sur lequel il faut se pencher est celui de la situation d'une SRL dont l'enregistrement est annulé pour non-conformité avec les obligations de dépôt et de renouvellement de la Loi. L'annulation de l'enregistrement ne se produit que si le registraire au sens de la Loi prend les mesures d'aliénation nécessaires. Cela exige la publication dans la *Gazette royale* de l'intention d'annulation du registraire.

Dans le cas d'une société en nom collectif qui s'est enregistrée en vertu de la Loi, l'annulation de l'enregistrement n'a aucune incidence sur les caractéristiques de la société, étant donné que celle-ci est une création de la *common law* et de la *Loi sur les sociétés en nom collectif.*

Au moment de l'annulation de l'enregistrement d'une SRL, il est recommandé que les droits et obligations acquis par la société après l'annulation soient acquis par la société en tant que société en nom collectif. Les droits et obligations acquis par la société en tant que SRL devraient continuer à avoir les caractéristiques des droits et obligations d'une SRL, nonobstant l'annulation de l'enregistrement (ou le dépôt d'un formulaire d'annulation de la désignation). Cette façon de procéder concorde avec les modalités adoptées dans les autres provinces.

19. Avez-vous des points à souligner en ce qui concerne l'effet de l'annulation de l'enregistrement d'une SRL?

☐ Oui ☐ Non

Dans l'affirmative, veuillez préciser.

7.10 Enregistrement des SRL extraprovinciales

Nous examinons dans cette section l'enregistrement des sociétés à responsabilité limitée extraprovinciales (SRL extraprovinciales) qui se livrent à leurs activités au Nouveau-Brunswick. Elle complète la section précédente sur les SRL du Nouveau-Brunswick.

La SRL extraprovinciale qui exerce une activité commerciale au Nouveau-Brunswick serait tenue de s'enregistrer en application de la *Loi sur l'enregistrement des sociétés en nom collectif et des appellations commerciales* et de déposer une forme quelconque de désignation pour indiquer qu'elle est une SRL. Les autres dispositions de la Loi s'y appliqueraient alors comme c'est le cas pour les sociétés en nom collectif extraprovinciales (p. ex. renouvellement, changement d'associé de la société, modification de la raison sociale).

20. Avez-vous des points à soulever en ce qui concerne les processus proposés pour l'enregistrement et la désignation des SRL extraprovinciales?

☐ Oui ☐ Non

Dans l'affirmative, veuillez préciser

Nous nous pencherons maintenant sur la responsabilité des associés d'une SRL extraprovinciale dûment enregistrée en vue d'exercer une activité commerciale au Nouveau-Brunswick. Il sera question exclusivement des droits et des obligations acquis en application des lois du Nouveau-Brunswick. Cela s'appliquerait par exemple aux services professionnels assurés au Nouveau-Brunswick pour un résident de cette province.

Normalement, si un résident du Nouveau-Brunswick intente une action pour négligence contre une SRL extraprovinciale, l'actif de la société peut être utilisé pour régler le jugement. En ce qui concerne l'actif personnel de l'associé, cela dépendrait initialement de la loi sur les SRL dans la province d'origine de l'entreprise. Cette loi pourrait prévoir une protection partielle ou complète contre la responsabilité et être différente de toute loi éventuelle du Nouveau-Brunswick. Il est essentiellement proposé que les lois de la province ou du territoire où la SRL a été créée s'appliquent à la responsabilité des associés à l'égard des dettes et des obligations de la société et de ses associés.

Les administrations semblent s'entendre pour ce qui est de s'en reporter généralement aux lois de la province ou du territoire « d'origine » de la SRL extraprovinciale en ce qui concerne la responsabilité des associés à l'égard des dettes et des obligations de la SRL extraprovinciale. La loi type de la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada suit également cette approche. Cette soumission générale n'existe pas uniquement dans le contexte des lois sur les SRL mais aussi dans de nombreux domaines juridiques, y compris le droit des sociétés. Elle est basée en partie sur le respect mutuel et l'acceptation des lois de chaque sphère de compétence, la courtoisie internationale et les principes du conflit des lois.

21. Si une SRL extraprovinciale est correctement enregistrée au Nouveau-Brunswick, la province devrait-elle s'en remettre aux lois de la province ou du territoire d'origine de la SRL extraprovinciale pour ce qui est de l'envergure de la responsabilité personnelle d'un associé pour les dettes et les obligations de la SRL?

☐ Oui ☐ Non

Pourquoi?

Nuances à apporter à la réponse ou autres suggestions

Même si les provinces/territoires s'en reportent tous aux lois de la province ou du territoire « d'origine » de la SRL extraprovinciale en ce qui a trait à la responsabilité des associés, l'Alberta et la Saskatchewan traitent une SRL extraprovinciale non enregistrée comme une société en nom collectif ordinaire pour ce qui est des droits et obligations acquis par la corporation, en conformité avec leurs lois. Il se peut que cette position soit basée sur le principe voulant que les associés d'une SRL extraprovinciale ne devraient pas pouvoir profiter de la protection contre la responsabilité à moins qu'il y ait eu communication convenable à leur public au moyen du processus de l'enregistrement.

Ces types de dispositions peuvent être d'une efficacité restreinte. En effet, elles peuvent être efficaces dans la province ou le territoire qui a pris les dispositions nécessaires. On peut se demander si elles auront leur plein effet juridique dans la province ou le territoire d'origine de la SRL extraprovinciale ou ailleurs. Par exemple, si un demandeur du Nouveau-Brunswick intentait son action ou tentait de faire régler un jugement du Nouveau-Brunswick dans la province d'origine de la SRL extraprovinciale, l'exécution dans cette province d'une disposition de la loi du Nouveau-Brunswick serait discutable, de sorte que la protection contre la responsabilité ne s'appliquerait pas, étant donné que la société n'est pas enregistrée au Nouveau-Brunswick. Par contre, si l'actif visé par le demandeur du Nouveau-Brunswick se trouve au Nouveau-Brunswick, il sera vraisemblablement avantagé par l'adoption de cette disposition.

22. Si une SRL extraprovinciale se livre à ses activités au Nouveau-Brunswick mais n'est pas dûment enregistrée au Nouveau-Brunswick, devrait-elle être considérée, d'après les dispositions législatives, comme une société en nom collectif ordinaire au Nouveau-Brunswick pour ce qui est des droits et obligations acquis en conformité avec les lois du Nouveau-Brunswick?

☐ Oui ☐ Non

Pourquoi?

Autres suggestions

Un autre aspect dont il faut discuter est celui de l'application des dispositions à la situation d'un associé néo-brunswickois d'une SRL extraprovinciale dûment enregistrée en vertu des lois du Nouveau-Brunswick. Si un associé néo-brunswickois exerce par exemple le droit au Nouveau-Brunswick, il se peut que sa responsabilité à l'égard des clients du Nouveau-Brunswick soit supérieure, égale ou inférieure à celle d'un homologue qui exerce sa profession par l'entremise d'une SRL du Nouveau-Brunswick. Les dispositions relatives à la responsabilité d'un associé dans une SRL du Nouveau-Brunswick et dans une SRL extraprovinciale différeront sans doute, compte tenu des variations entre les provinces/territoires sur le thème de la protection complète et de la protection partielle.

Dans l'un ou l'autre cas, l'associé demeurera responsable de ses propres actes de négligence. Mais il peut y avoir des variantes pour ce qui est de la protection dont jouit l'associé néo-brunswickois à l'égard de la négligence d'un autre associé ou de la négligence et d'autres actes fautifs de l'autre associé (qui pourrait aussi être au Nouveau-Brunswick). Il se peut également que la responsabilité à l'égard des employés diffère. Il ne faut pas oublier que la responsabilité de l'associé néo-brunswickois peut être semblable à celle de ses homologues qui peuvent exercer leur profession au sein d'une société au Nouveau-Brunswick ou qu'elle peut en différer.

L'Alberta et la Saskatchewan ont adopté des dispositions à ces égards. Essentiellement, un associé de l'Alberta ou de la Saskatchewan au sein d'une SRL extraprovinciale assumerait le même degré de responsabilité que ses homologues qui exercent leur profession dans une SRL de l'Alberta ou de la Saskatchewan.

23. Un associé néo-brunswickois d'une SRL extraprovinciale devrait-il bénéficier d'une protection plus grande contre la responsabilité personnelle en ce qui concerne l'exercice de sa profession libérale au Nouveau-Brunswick qu'un associé d'une SRL du Nouveau-Brunswick?

☐ Oui ☐ Non (approche de l'Alberta et de la Saskatchewan)

Pourquoi?

Autre suggestion

7.11 Obligation d'inclure le sigle « SRL » dans l'appellation d'une SRL

En Ontario, en Alberta et en Saskatchewan, la loi exige que les sociétés à responsabilité limitée utilisent les mots « société à responsabilité limitée », « limited liability partnership » ou le sigle s.r.l ou LLP dans leur appellation pour signaler au public leur caractéristique spéciale en tant que société « à responsabilité limitée ». Aux États-Unis, la plupart sinon la totalité des États imposent une exigence analogue.

Cette exigence est sans doute imposée du fait que la SRL constitue une forme spéciale de société en nom collectif et que cet identificateur doit être apposé pour signaler au public qu'il a affaire à une société « à responsabilité limitée » plutôt qu'à une société « en nom collectif ».

Il se pourrait que, à l'avenir, les SRL soient plus nombreuses que les sociétés en nom collectif. Il est de plus en plus facile pour un citoyen de comprendre les caractéristiques de l'« entité » avec laquelle il traite, puisqu'il existe de nombreux répertoires accessibles sur Internet. Peut-on raisonnablement supposer que le public comprendra la différence entre une SRL et une société en nom collectif simplement parce que le sigle « SRL » apparaît dans l'appellation?

La vraie question qui se pose pourrait être la suivante : la protection contre la responsabilité qui est intrinsèque à une SRL est-elle acceptable du point de vue de l'intérêt public? Il semble que les provinces et États aient opté pour la prudence en exigeant d'inclure le sigle SRL dans l'appellation d'une SRL. Cela pourrait être basé sur le fait que les administrations, y compris le Nouveau-Brunswick, exigent ordinairement que les corporations incluent un identificateur comme Ltée, Inc., etc. dans leur raison sociale. Également, la loi pourrait interdire à une SRL d'utiliser un nom commercial qui diffère de sa raison sociale (et qui inclut le sigle SRL). Cette exigence serait plus stricte que celle qui est imposée aux corporations, lesquelles sont autorisées à utiliser une appellation commerciale qui n'inclut pas un identificateur juridique. Les lois sur les corporations exigent ordinairement que la raison sociale au complet de la corporation figure sur tous les contrats, factures et commandes de biens et de services de la corporation.

24. Les SRL du Nouveau-Brunswick devraient-elles être tenues d'inclure dans leur appellation l'identificateur « SRL »?

☐ Oui ☐ Non

Pourquoi?

Une SRL devrait-elle pouvoir utiliser un nom commercial différent de sa dénomination sociale?

☐ Oui ☐ Non

Pourquoi?

Nuances à votre réponse

Nonobstant la réponse à la question ci-dessus, il semblerait trompeur pour une société en nom collectif ou une autre entité d'inclure les expressions « société à responsabilité limitée », « limited liability partnership », « SRL » ou « LLP » dans sa raison sociale si elle n'est pas une société à responsabilité limitée. Nous recommandons d'interdire dans la loi et le règlement d'application l'utilisation de ces expressions dans la raison sociale d'une entreprise à moins qu'elle ne soit une société à responsabilité limitée.

25. Croyez-vous qu'il faut interdire l'utilisation du sigle « SRL » par les entités qui ne sont pas des SRL?

☐ Oui ☐ Non

Pourquoi?

Nous croyons comprendre que certains États américains exigent qu'une SRL extraprovinciale dont l'appellation n'inclut pas l'identificateur « SRL » ajoute celui-ci lorsque l'appellation est utilisée sur leur territoire. La plupart des administrations n'imposent pas cette exigence mais s'en remettent à la décision de la province ou de l'État d'origine quant à l'obligation d'inclure la désignation « SRL » dans la raison sociale. Cela s'apparente au droit des corporations. En effet, le Nouveau-Brunswick exige généralement l'inclusion d'un identificateur dans la raison sociale des corporations constituées en vertu de ses lois, sans toutefois imposer cette exigence aux

corporations d'autres provinces ou États qui exercent leurs activités au Nouveau-Brunswick.

Il y a des questions qui se posent pour les corporations ou les SRL qui seraient tenues d'ajouter un identificateur juridique à leur raison sociale afin d'exercer leurs activités au Nouveau-Brunswick. Il faut aussi se pencher sur les conséquences juridiques auxquelles s'exposerait la corporation ou la SRL qui ne se conforme pas à cette exigence. Il y a une foule de questions qui se posent, et c'est sans doute pour cette raison que la plupart des administrations s'inclinent sur ce plan devant la décision prise par les autorités du territoire d'origine.

26. Une SRL extraprovinciale dont la dénomination n'inclut pas l'identificateur « SRL » devrait-elle être tenue d'inclure cet identificateur dans sa dénomination lorsque celle-ci est utilisée au Nouveau-Brunswick?

☐ Oui
☐ Non (approche suivie en Alberta, en Ontario et en Saskatchewan)

Pourquoi? _____

_____

Autres suggestions _____

_____

_____

7.12 Conversion d'une société en nom collectif actuelle du Nouveau-Brunswick en une SRL

Nous souscrivons à la position adoptée par l'Alberta Law Reform Institute selon laquelle la transformation d'une société en nom collectif en une SRL ne devrait pas influer sur la responsabilité des membres pour toute obligation survenue avant la transformation de la société en une SRL ou découlant d'un contrat signé avant cette transformation. C'est ce que traduisent les dispositions législatives de l'Ontario, de l'Alberta et de la Saskatchewan.

Nonobstant ce qui précède, il existe des divergences de vues quant à l'opportunité d'envoyer, au moment de la conversion, des avis de cette conversion aux clients et à des tiers. Ces divergences sont expliquées comme suit :

> *[Traduction] De toute évidence, la simple indication, dans la raison sociale de la société, que celle-ci est une société à responsabilité limitée ne fournit guère d'information pratique aux personnes qui traitent avec celle-ci. En Ontario, la loi avait clairement pour but de permettre aux créanciers, une fois informés du caractère limité de la responsabilité de l'entité, de demander des renseignements précis quant à la nature de cette limitation. De plus, étant donné que l'Ontario n'accorde qu'une protection très restreinte aux associés, il*

est apparu superflu de donner un avis plus vaste. Les domaines pour lesquels la responsabilité limitée a été élargie en Ontario sont ceux qui, de toute façon, peuvent être couverts par une assurance pour négligence.

Certaines administrations exigent que des renseignements précis soient communiqués aux créanciers et clients actuels de la société en nom collectif qui devient une société à responsabilité limitée. La loi albertaine exige que, au moment de la transformation en société à responsabilité limitée, la société envoie immédiatement a tous ses clients actuels un avis les informant de son enregistrement comme société à responsabilité limitée. L'avis doit inclure une explication en termes généraux des changements éventuels à la responsabilité des associés que peut entraîner l'enregistrement[14].

Quant à savoir si les divergences entre les administrations sont basées sur le degré de protection contre la responsabilité, on ne peut qu'avancer des hypothèses. On peut tout aussi bien soutenir que, si la structure de la SRL est un modèle satisfaisant pour les entreprises, l'avis de la transformation constitue simplement un fardeau administratif. Il est fort possible que, même sans y être légalement tenues, certaines SRL informent leurs clients purement pour montrer leur bonne foi et pour limiter les différends éventuels. Selon certaines études universitaires, la protection contre la responsabilité ne pourra pas être utilisée à l'égard des clients actuels si ces derniers ne sont pas informés de la conversion.

S'il faut donner un avis, sera-t-il obligatoire de le faire uniquement à l'endroit des clients de la SRL ou également à l'endroit des créanciers? L'Ontario n'exige l'envoi d'aucun avis. L'Alberta et la Saskatchewan l'exigent dans le cas des clients. En ce qui concerne les créanciers, l'argument en faveur de la notification est plus solide si l'on adopte le modèle de SRL à protection complète.

27. Si une société en nom collectif se transforme en SRL,

☐ à qui la SRL devrait-elle être tenue d'envoyer un avis?
☐ Aux clients ☐ Aux clients et aux créanciers

☐ devrait-elle au contraire ne pas être tenue d'envoyer d'avis à ses clients et à ses créanciers?

Pourquoi?

Si l'envoi d'un avis est obligatoire, quelles conséquences entraînerait le fait de ne pas en envoyer un ou de mal le libeller? Les lois de l'Alberta et de la Saskatchewan sont muettes sur les conséquences juridiques de l'omission d'envoyer un avis ou de l'envoi d'un avis mal libellé. Dans certains cas, cela pourrait entraîner des litiges. On pourrait aussi décider, en plus de la traiter comme une infraction à la Loi, de préciser les conséquences d'une omission. La SRL et ses associés devraient-ils pouvoir bénéficier de la protection à l'égard des clients et des tiers qu'elle n'a pas informés de sa transformation en une SRL?

28. Si elle n'envoie pas l'avis prévu à ses clients et à des tiers, la SRL devrait-elle être considérée comme une société en nom collectif ordinaire (c.-à-d. ne bénéficiant d'aucune protection) à l'égard des clients et des tiers qui n'ont pas reçu l'avis mais qui auraient dû le recevoir?

☐ Oui ☐ Non

Pourquoi? _____

_____

_____

Autre suggestion _____

_____

_____

Si l'omission d'envoyer l'avis prévu influe sur la protection contre la responsabilité, il y a un certain nombre de questions qu'il faut examiner. Nous estimons que la meilleure façon de les explorer consiste à solliciter des suggestions (voir ci-dessus). Par exemple, est-ce que cela aurait des répercussions sur la protection seulement pour une certaine période? De même, si le client est au courant de la transformation en SRL, il ne devrait pas pouvoir profiter du fait que l'avis prévu n'a pas été envoyé.

7.13 Communication du nom des associés

Lorsqu'une société en nom collectif enregistre sa raison sociale en vertu de la *Loi sur l'enregistrement des sociétés en nom collectif et des appellations commerciales,* elle doit indiquer le nom de tous ses associés, qui doivent tous signer le formulaire. Cette exigence s'applique également au moment du dépôt, tous les cinq ans, d'un document de renouvellement. De même, lorsqu'il se produit un changement dans la composition de la société en nom collectif, tous les associés, actuels et nouveaux, doivent signer le formulaire.

Ces exigences sont basées sur le besoin apparent de communiquer au public la composition d'une société en nom collectif et de faire en sorte que chaque personne considérée comme un associé est au courant et atteste qu'elle est un associé de la société nommée.

On a critiqué les procédures actuelles pour leur lourdeur dans le cas d'une grande société en nom collectif nationale ou internationale qui veut enregistrer sa raison sociale. Certaines sociétés de comptabilité comptent des centaines d'associés. Si une loi sur les SRL est adoptée, il se produira d'autres situations où les procédures actuelles apparaîtront lourdes ou impossibles à respecter sur le plan des formalités administratives. Nous suggérons que les procédures soient modifiées et alignées sur celles de l'Ontario et d'autres provinces.

Essentiellement, lorsqu'une société en nom collectif compte plus de cinq associés :

- un associé désigné peut signer le formulaire au nom de tous les associés;
- il n'est pas nécessaire que le nom de chaque associé soit indiqué sur le formulaire. À la place, l'associé désigné doit tenir un registre de renseignements sur les associés actuels, nouveaux et sur le point de prendre leur retraite. Ces documents peuvent être examinés par les membres du public et, sur demande et sans frais, une personne peut en obtenir une copie;
- si l'associé désigné ne tient pas ces registres à un lieu d'affaires désigné au Nouveau-Brunswick, un représentant pour fin de signification nommé en vertu de la *Loi sur l'enregistrement des sociétés en nom collectif et des appellations commerciales* pourra les obtenir.

29. Êtes-vous d'accord avec la suggestion faite ci-dessus, soit de simplifier la procédure d'enregistrement lorsqu'une société en nom collectif compte beaucoup de partenaires?

☐ Oui ☐ Non

Pourquoi? _____

_____

Autres commentaires _____

_____

_____

7.14 Autres questions

L'objet premier du présent rapport est de recueillir les vues des intéressés et du public. Bien que nous nous soyons employés à cerner et à explorer les principales questions entourant les SRL, il se peut que nous en ayons omises.

30. Veuillez indiquer toute autre question qui devrait être examinée en rapport avec les SRL.

_____

_____

_____

_____

_____

_____

_____

Notes

1. J. Anthony VanDuzer, *The Law of Partnerships and Corporations,* 1997, p. 25
2. Le rapport inclut une comparaison entre la société en nom collectif et la SRL. Pour ne pas ajouter à la complexité, il n'est pas question de la société en commandite créée en vertu de la *Loi sur les sociétés en commandite* du Nouveau-Brunswick. Une société en commandite présente des caractéristiques particulières du fait qu'elle a des associés commandités et des associés commanditaires. La société en commandite et la société à responsabilité limitée sont traditionnellement des entités très différentes. Jusqu'à maintenant, les administrations ont maintenu la distinction entre ces notions.
3. *Responsabilité solidaire et professions libérales,* Rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, mars 1998, page V.
4. Rapport du Comité sénatorial, p. 57 – 61.
5. Rapport du Comité sénatorial, p.p. 61.
6. Voir http://www.law.ualberta.ca/alri, aller à « publications », « Final Reports », puis « 077 Limited Liability Partnerships » (avril 1999).
7. Voir http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/ellpact.htm et http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/ellp1.htm
8. Alberta Law Reform Institute Report, p. 6.
9. *Loi sur la Société du Barreau,* LNB 1996, c. 89, par. 37(13);
   Loi sur les comptables agréés, LNB 1998, c. 53, par. 33(1)(2);
   Loi médicale, LNB 1981, c. 87, par. 64(1)(2).
10. Alberta Law Reform Institute Report, p. 109
11. Alberta Law Reform Institute Report, p. 101
12. Manzer, *A Practical Guide to Canadian Partnership Law,* p. 10 – 43.
13. Alberta Law Reform Institute Report, p. 102 – 103.
14. Manzer, p. 10 – 43.